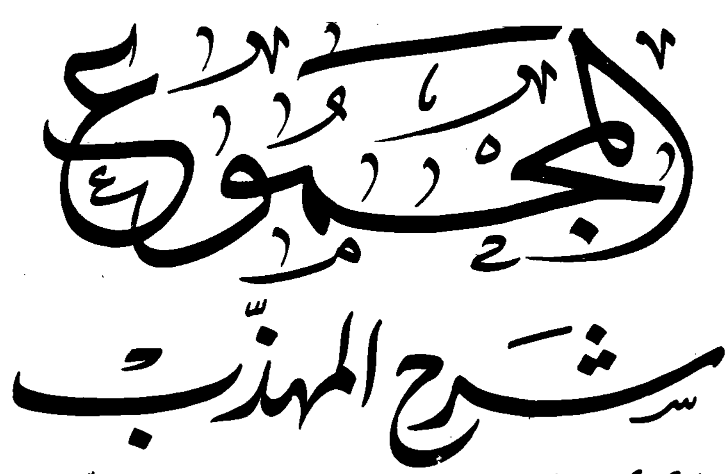


للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي

تأليف

الإمام محيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي

المتوفى سنة ٦٧٦هـ

تحقيق وتعليق

الشيخ عادل أحمد عبد الموجود
الدكتور أحمد عيسى حسن المعصراوي
الدكتور حسين عبد الرحمن أحمد
الدكتور محمد أحمد عبد الله

الدكتور مجدي سرور باسلوم
الدكتور أحمد محمد عبد العال
الدكتور بدوي علي محمد سيد
الدكتور إبراهيم محمد عبد الباقي

الجزء العاشر

منشورات
محمد علي بيضون
لنشر كتب السنة والجماعة
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان



الطبعة الأولى
١٤٢٣ هـ ـ ٢٠٠٢ م

دار الكتب العلمية
بيروت ـ لبنان

رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
هاتف وفاكس: ٣٦٤٣٩٨ ـ ٣٦٦١٣٥ ـ ٣٧٨٥٤٢ (١ ٩٦١)
صندوق بريد: ٩٤٢٤ ـ ١١ بيروت ـ لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon

Ramel Al-Zarif, Bohtory St., Melkart Bldg., 1st Floor
Tel. & Fax : 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban

Ramel Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1ère Étage
Tel. & Fax : 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
B.P. : 11 - 9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-3708-5



http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الأطعمة

قال المصنف - رحمه الله تعالى - ما يؤكل شيئان: حيوان، وغير حيوان. فأما الحيوان فضربان: حيوان البر.

وحيوان البحر.

فأما حيوان البر فضربان:

طاهر ونجس:

فأما النجس: فلا يحل أكله، وهو الكلب والخنزير.

والدليل عليه قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ﴾ [المائدة: ٣] وقوله عز وجل: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧] والكلب من الخبائث، والدليل عليه قوله ﷺ: «الْكَلْبُ خَبِيثٌ، خَبِيثٌ ثَمَنُهُ»،

وأما الطاهر فضربان: طائر، ودواب.

فأما الدواب فضربان: دواب الإنس، ودواب الوحش.

فأما دواب الإنس: فإنه يحل منها الأنعام، وهى الإبل والبقر والغنم؛ لقوله تعالى: ﴿أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَٰمِ﴾ [المائدة: ١] وقوله تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ﴾ [الأعراف: ١٥٧] والأنعام من الطيبات، لم يزل الناس يأكلونها ويبيعون لحومها فى الجاهلية والإسلام.

ويحل أكل الخيل؛ لما روى جابر - رضى الله عنه - قال: «ذَبَحْنَا يَوْمَ حنَيْن مِنَ الْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ فَنَهَانَا رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنِ الْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ وَلَمْ يَنْهَنَا عَنِ الْخَيْلِ»، ولا تحل البغال والحمير لحديث جابر رضى الله عنه.

ولا يحل السنور؛ لما روى أن النبى ﷺ قال: «الْهِرَّةُ سَبُعٌ» ؛ ولأنه يصطاد بالناب ويأكل الجيف فهو كالأسد.

الشرح: حديث: «الْكَلْبُ خَبِيثٌ، خَبِيثٌ ثَمَنُهُ»[1] رواه[2] وفى صحيح مسلم عن

---

(١) كذا بياض فى الأصل، ولعل مضمونه: رواه البيهقى عن ابن عباس بإسناد ضعيف. ا. هـ.
فالحديث أخرجه الدارقطنى (١/ ٦٣)، والحاكم (١/ ١٥٥)، والبيهقى (١/ ١٩) من طريق يوسف بن خالد السمتى عن الضحاك بن عثمان عن عكرمة عن ابن عباس أن النبى ﷺ قال: «ثمن الكلب خبيث وهو أخبث منه». =

رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ قال: «[ثمن][١] الْكَلْبِ خَبِيثٌ»[٢]، وينكر على الحميدى كونه لم يذكر هذا الحديث فى الجمع بين الصحيحين فى مسند رافع مع أن مسلما كرره فى كتاب البيوع من صحيحه.

وأما حديث جابر: فصحيح رواه أبو داود وآخرون بلفظه بأسانيد صحيحة[٣]، ورواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما ولفظهما عن جابر قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَوْمَ خَيْبَرَ عَنْ لُحومِ الْحُمُرِ الأَهْلِيَّةِ، وَأَذِنَ فِى لُحُومِ الْخَيْلِ»[٤].

وأما حديث: «الْهِرَّةُ سَبُعٌ»[٥] فرواه، وفى سنن البيهقى عن جابر قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ أَكْلِ الْهِرَّةِ وَأَكْلِ ثَمَنِهَا»[٦].

وأما قول المصنف: ما يؤكل شيئان، ففيه تساهل؛ لأن مقتضى سياقه أن المأكول

= قال الدار قطنى: يوسف السمتى ضعيف.
وقال البيهقى: يوسف بن خالد هو السمتى غيره أوثق منه.

(٢) ثبت فى حاشية أ: كذا وجد ولم يذكر الراوى.

(١) سقط فى ط.

(٢) أخرجه أحمد (٣/ ٤٦٤/ ٤٦٥) (٤/ ١٤١)، والدارمى (٢/ ٢٧٢)، ومسلم (٤١ - ١٥٦٨)، وأبو داود (٣٤٢١)، والترمذى (١٢٧٥)، والنسائى فى الكبرى (٢/ ١١٣)، وابن حبان (٥١٥٣)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١٢٩)، والطبرانى فى الكبير (٤٢٥٨، ٤٢٥٩)، والحاكم (٢/ ٤٢)، والبيهقى (٩/ ٣٣٦، ٣٣٧).

(٣) أخرجه أحمد (٣/ ٣٥٦، ٣٦٢)، وأبو داود (٣٧٨٩)، ومن طريقه البيهقى (٩/ ٣٢٧) من طريق حماد بن سلمة عن أبى الزبير أنه سمع جابر بن عبدالله يقول أكلنا زمن خيبر الخيل... فذكره.

(٤) أخرجه أحمد (٣/ ٣٦١، ٣٨٥)، والبخارى (٤٢١٩)، ومسلم (٣٦ - ١٩٤١)، وأبو داود (٣٧٨٨)، والنسائى (٧/ ٢٠١)، والبيهقى (٩/ ٣٢٦ - ٣٢٧).

(٥) كذا بياض بالأصل، ولعل مضمونه: (رواه أحمد بإسناد ضعيف) ا. هـ.
فالحديث أخرجه ابن أبى شيبة (١/ ٣٧) رقم (٣٤٣)، وأحمد (٢/ ٤٤٢)، والدراقطنى (٢/ ٦٣)، والعقيلى (٣/ ٣٨٦)، ومن طريق وكيع عن عيسى بن المسيب عن أبى زرعة عن أبى هريرة مرفوعًا (الهرسبع)، وعيسى بن المسيب قال يحيى والنسائى والدارقطنى: ضعيف وقال أبو حاتم وأبو زرعة ليس بالقوى، وتكلم فيه ابن حبان وغيره وقال أبو داود: هو قاضى الكوفة ضعيف. ميزان الاعتدال (٥/ ٣٨٩).

(٦) أخرجه عبدالرزاق (٨٧٤٩). وعبد بن حميد (١٠٤٤)، وأبو داود (٣٤٨٠، ٣٨٠٧)، والترمذى (١٢٨٠)، وابن ماجة (٣٢٥٠)، وعبدالله بن أحمد فى زوائد المسند (٣/ ٢٩٧)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١٥٨)، والدارقطنى (٣/ ٧٣)، والبيهقى (٦/ ١١).
وفى إسناده عمر بن زيد ضعيف كما فى تقريب التهذيب.

ينقسم إلى مأكول وغيره، وكأنه أراد بالمأكول ما يمكن أكله لا[١] ما يحل أكله، وكان الأجود أن يقول: الأعيان شيئان حيوان وغيره إلى آخر كلامه.

وقوله: طائر ودواب، هكذا فى النسخ، طائر، وكان الأحسن: طير ودواب؛ لأن الطير جمع كالدواب، والطائر مفرد كالدابة.

أما الأحكام: فالأعيان شيئان، حيوان وغيره، والحيوان قسمان:

برى وبحرى، والبرى ضربان: طاهر ونجس.

فأما النجس فلا يحل أكله، وهو الكلب والخنزير، وما تولد من أحدهما وغيره، وهذا لا خلاف فيه، ولو ارتضع جدى من كلبة وتربى[٢] على لبنها ففى حله وجهان، حكاهما الشاشى وصاحب البيان وغيرهما:

أصحهما: يحل.

والثانى: لا.

وأما الطاهر فصنفان طير ودواب، والدواب نوعان: دواب الإنس، ودواب الوحش.

فأما دواب الإنس فيحل منها الإبل والبقر والغنم، ويقال لهذه الثلاثة: الأنعام، ويحل منها الخيل سواء منها العتيق وهو الذى أبواه عربيان، والبرذون وهو الذى أبواه عجميان.

والهجين وهو الذى أبوه عربى وأمه عجمية، والمفرق وهو عكسه، وكل ذلك حلال لا كراهة فيه عندنا، ويحرم البغل والحمار بلا خلاف عندنا، ويحرم السنور الأهلى على المذهب، وبه قطع المصنف والجمهور.

وفيه وجه:

أنه حلال، وحكاه الرافعى عن أبى عبد الله البوشنجى من أصحابنا، وأدلة الجميع فى الكتاب، والله أعلم.

فرع: فى مذاهب العلماء فى لحم الخيل.

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه حلال لا كراهة فيه وبه قال أكثر العلماء، ممن قال به عبد الله بن الزبير، وفضالة بن عبيد، وأنس بن مالك، وأسماء بنت أبى بكر وسويد

---

(١) فى أ: إلا.

(٢) فى أ: وربى.

ابن غفلة، وعلقمة، والأسود، وعطاء، وشريح، وسعيد بن جبير، والحسن البصرى، وإبراهيم النخعى، وحماد بن أبى سليمان، وأحمد[١]، وإسحاق، وأبو يوسف، ومحمد، وداود[٢] وغيرهم.

وكرهها طائفة، منهم ابن عباس، والحكم، ومالك[٣]، وأبو حنيفة[٤].

---

(١) وكذا يباح المتولد من مأكولين كبغل من حمار ووحش وخيل ولو كانت الخيل غير عربية. ينظر كشاف القناع عن متن الاقناع ٤/ ١١٤

(٢) قال فى المحلى أنه يحل أكل الخيل والبغال ولا يحل أكل شيء من الحمر الأنسية توحشت أو لم تتوحش لما روينا من طريق البخارى أن رسول الله ﷺ أمر مناديا فنادى أن الله ورسوله ينهاكم عن لحوم الحمر الأهلية فإنها رجس فأكفئت القدر وإنها لتفور باللحم فصح أنها كلها رجس، وإهراق الصحابة رضى الله تعالى عنهم القدور بها بحضرة النبى ﷺ بيان أن ودكها وشحمها وعظمها وكل شيء منها حرام. وروى عن جابر بن عبدالله أن رسول الله ﷺ نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن فى لحوم الخيل. وأما البغل فقد قال الله تعالى ﴿يا أيها الناس كلوا مما فى الأرض حلالا طيبا﴾ وقال تعالى: ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه﴾ فالبغل حلال بنص القرآن لأنه لم يفصل تحريمه.

ولا يحل أكل شيء من الخنزير لا لحمه ولا شحمه ولا جلده ولا عصبه ولا غضروفه ولا حشوته ولا مخه ولا عظمه ولا رأسه ولا أطرافه ولا لبنه ولا شعره سواء كان ذكرا أو أنثى صغيرا أو كبيرا لقوله تعالى ﴿أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقا﴾ والضمير فى لغة العرب التى نزل بها القرآن يرجع إلى أقرب مذكور إليه فصح بالقرآن أن الخنزير بعينه رجس فهو كله رجس وبعض الرجس رجس والرجس حرام واجب اجتنابه فالخنزير كله حرام. ينظر المحلى لابن حزم الظاهرى ٧/ ٤٧٧،

(٣) ذكر الخرشى (٣/ ٣٠) أن من الحيوان المحرم الخيل والبغال والحمير والخنزير والكلب على أحد الأقوال.

أما الخنزير البرى فلا خلاف فى تحريم لحمه وشحمه وجلده وعصبه كل ذلك حرام وأما الخيل والبغال والحمير فالمشهور أنها حرام.

وهناك رأى آخر روى عن الإمام مالك رحمه الله تعالى بكراهة أكل البغال والحمير وأما الخيل فقيل بالكراهة والإباحة والمعتمد التحريم.

(٤) وأما لحم الخيل فقد قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه يكره. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يكره واحتجا بما روى عن أنس بن مالك رضى الله تعالى عنهما أنه قال: أكلنا لحم فرس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وروى عن جابر رضى الله تعالى عنه أنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن لحوم الحمر الأهلية وأذن فى الخيل، وروى أنه قال أطعمنا رسول الله ﷺ لحوم الخيل، ونهانا عن لحوم الحمر الأهلية وأذن فى الخيل وروى أنه قال أطعمنا رسول الله ﷺ لحوم الخيل ونهانا عن لحوم الحمر. وروى عنه أنه قال كنا قد جعلنا فى قدورنا لحم الخيل ولحم الحمار فنهانا النبى ﷺ أن نأكل لحم الحمار وأمرنا أن نأكل الخيل. وعن سيدتنا أسماء بنت سيدنا أبى بكر الصديق رضى الله تعالى =

. . . .

= عنهما أنها قالت: نحرنا فرسا على عهد رسول الله ﷺ فأكلناه.

وأما قول أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه بالكراهة فيستدل له بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب العزيز فقوله جل شأنه: ﴿والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة﴾ ووجه الاستدلال به ما حكى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما فإنه روى أنه سئل عن لحم الخيل، فقرأ بهذه الآية الشريفة وقال ولم يقل تبارك وتعالى لتأكلوها. فيكره أكلها. وتمام هذا الاستدلال أن الله تبارك وتعالى ذكر الأنعام فيما تقدم ومنافعها وبالغ فى ذلك بقوله تعالى: ﴿والأنعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها تأكلون ولكم فيها جمال حين تريحون وحين تسرحون وتحمل أثقالكم إلي بلد لم تكونوا بالغيه إلا بشق الأنفس إن ربكم لرؤوف رحيم﴾.

وكذا ذكر فيما بعد هذه الآية الشريفة متصلا بها منافع الماء المنزل من السماء والمنافع المتعلقة بالليل والنهار والشمس والقمر والنجوم والمنافع المتعلقة بالبحر على سبيل المبالغة بيان شفاء لا بيان كفاية وذكر فى هذه الآية أنه سبحانه وتعالى خلق الخيل والبغال والحمير للركوب والزينة ذكر منفعة الركوب والزينة، ولم يذكر سبحانه وتعالى منفعة الأكل فدل أنه ليس فيها منفعة أخرى سوى ما ذكرناه ولو كان هناك منفعة أخرى سوى ما ذكرنا لم يحتمل أن لا نذكرها عند ذكر المنافع المتعلقة بها على سبيل المبالغة والاستقصاء وقوله عز وجل ﴿ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث﴾ ولحم الخيل ليس بطيب بل هو خبيث لأن الطباع السليمة لا تستطيبه بل تستخبثه حتى لا تجد أحدا ترك بطبعه إلا ويستخبثه وينفر طبعه عن أكله وإنما يرغبون فى ركوبه إلا برغب طبعه فيما كان مجبولا عليه وبه تبين أن الشرع إنما جاء بإحلال ما هو مستطاب فى الطبع لا بما هو مستخبث ولهذا لم يجعل المستخبث فى الطبع غذاء البشر وإنما جعل ما هو مستطاب بلغ فى الطيب غايته.

وأما السنة فما روى عن جابر رضى الله عنه أنه قال لما كان يوم خيبر أصاب الناس مجاعة فأخذوا الحمر الأهلية فذبحوها فحرم رسول ﷺ لحوم الحمر الأنسية ولحوم الخيل والبغال وكل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير، وحرم الخلسة والنهبة. وعن خالد بن الوليد رضى الله تعالى عنه أنه قال نهى رسول الله ﷺ عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمير، وعن المقدام بن معدى كرب أن النبى ﷺ قال: «حرم عليكم الحمار الأهلى وخيلها» وهذا نص على التحريم. وعن رسول الله ﷺ أنه قال: «الخيل لثلاثة فهى لرجل ستر ولرجل أجر ولرجل وزر»، ولو صلحت للأكل لقال صلى الله عليه وسلم: الخيل لأربعة، لرجل ستر ولرجل أجر ولرجل وزر ولرجل طعام. وأما دلالة الإجماع فهى أن البغل حرام بالإجماع، وهو ولد الفرس فلو كانت أمة حلالا لكان هو حلالا أيضاً لأن حكم الولد حكم أمه لأنه منها وهو كبعضها، ألا ترى أن حمار وحش لو نزى على حمارة أهلية فولدت لم يؤكل ولدها ولو نزا حمار أهلى على حمارة وحشية وولدت يؤكل ولدها ليعلم أن حكم الولد حكم أمه فى الحل والحرمة دون الفحل، فلما كان لحم الفرس حراما كان لحم البغل كذلك.

وأما ما روى فى بعض الروايات عن جابر، وما فى رواية سيدتنا أسماء رضى الله تعالى =

قال أبو حنيفة: يأثم بأكله ولا يسمى حراما، واحتج لهم بقوله تعالى: ﴿وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾ [النحل: ٨] ولم يذكر الأكل منها، وذكر الأكل من الأنعام فى الآية التى قبلها، وبحديث صالح بن يحيى بن المقدام عن أبيه عن جده عن خالد بن الوليد قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ لُحُومِ الْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ وَكُلِّ ذِى نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ» رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه من رواية بقية بن الوليد عن صالح بن[1] يحيى بن المقدام بن معدى كرب عن أبيه عن جده عن خالد واتفق العلماء من أئمة الحديث وغيرهم على أنه حديث ضعيف[2]، وقال بعضهم: هو منسوخ.

روى الدارقطنى، والبيهقى بإسنادهما عن موسى بن هارون الحمال الحافظ قال: هذا حديث ضعيف قال: لا يعرف صالح بن يحيى ولا أبوه إلا بجده، وقال البخارى: هذا الحديث فيه نظر، وقال البيهقى: هذا إسناد مضطرب، ومع اضطرابه هو مخالف لأحاديث الثقات، يعنى فى إباحة لحم الخيل.

وقال الخطابى: فى إسناده نظر، قال: وصالح بن يحيى بن المقدام عن أبيه عن

= عنها فيحتمل أنه كان ذلك فى الحال التى كان يؤكل فيها الحمر، لأن النبى ﷺ إنما نهى عن أكل لحوم الحمر يوم خيبر وكانت الخيل تؤكل فى ذلك الوقت ثم حرمت يدل عليه ما روى عن الزهرى أنه قال ما علمنا الخيل أكلت إلا فى حصار وعن الحسن رضى الله تعالى عنه أنه قال كان أصحاب رسول الله ﷺ يأكلون لحوم الخيل فى مغازيهم فهذا يدل على أنهم كانوا يأكلونها فى حال الضرورة كما قال الزهرى رحمه الله تعالى: أو يحمل على هذا عملا بالدليل صيانة لها عن التناقض أو يترجح الحاظر على المبيح احتياطا.

وهذا الذى ذكرنا حجج أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه على رواية الحسن أنه يحرم أكل لحم الخيل.

وأما على ظاهر الرواية عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أنه يكره أكله ولم يطلق التحريم لاختلاف الأحاديث المروية فى الباب واختلاف السلف فكره أكل لحمه احتياطا لباب الحرمة. ينظر بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ٥/ ٣٧ .

(١) فى ط: عن.

(٢) أخرجه أحمد (٤/ ٨٩)، وأبو داود (٩٣٧٩)، والنسائى (٧/ ٢٠٢)، وابن ماجة (٣١٩٨)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١١٠)، والدار قطنى (٤/ ٢٨٦)، والطبرانى فى الكبير (٣٨٢٦)، والبيهقى (٩/ ٣٢٨).

وبقية بن الوليد مدلس، وقد دلس.

وصالح بن يحيى بن المقدام ليّن كما فى التقريب.

وأبوه يحيى بن المقدام مستور كما فى التقريب.

جده لا يعرف سماع بعضهم من بعض.

وقال أبو داود: هذا الحديث منسوخ، وقال النسائى: حديث الإباحة أصح قال: ويشبه إن كان هذا صحيحا أن يكون منسوخا؛ لأن قوله فى الحديث الصحيح: «أذن فى [أكل][(١)] لحوم الخيل» دليل على ذلك، قال النسائى: ولا أعلم أحدا رواه غير بقية.

واحتج أصحابنا بحديث جابر قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَوْمَ خَيْبَرَ عَنْ لُحُومِ الْحُمُرِ الْأَهْلِيَّةِ وَأَذِنَ فِي لُحُومِ الْخَيْلِ» رواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما[(٢)]، وسبق بيان صحة الرواية التى رواها المصنف.

وعن جابر قال: «سَافَرْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَكُنَّا نَأْكُلُ لَحْمَ الْخَيْلِ وَنَشْرَبُ أَلْبَانَهَا» رواه الدار قطنى والبيهقى بإسناد صحيح[(٣)].

وفى رواية عن جابر أنهم: «كَانُوا يَأْكُلُونَ لُحُومَ الْخَيْلِ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ»[(٤)].

وعن أسماء بنت أبى بكر رضى الله عنهما قالت: «أَكَلْنَا لَحْمَ فَرَسٍ عَلَى عَهْدِ النَّبِي ﷺ» رواه البخارى ومسلم[(٥)].

وفى رواية قالت: «نَحَرْنَا فَرَسًا عَلَى عَهْدِ رَسول الله ﷺ فَأَكَلْنَاهُ»[(٦)].

وأما الجواب عن الآية الكريمة التى احتج بها الآخرون فهو ما أجاب الخطابى وأصحابنا وغيرهم أن ذكر الركوب والزينة لا يدل على أن منفعتهما مقصورة على ذلك، وإنما خص هذان بالذكر؛ لأنهما معظم المقصود من الخيل؛ كقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ﴾ [المائدة: ٣] فذكر اللحم؛ لأنه معظم المقصود، وقد أجمع المسلمون على تحريم شحمه ودمه وسائر أجزائه، قالوا: ولهذا سكت عن حمل الأثقال على الخيل مع قوله تعالى فى الأنعام: ﴿وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ﴾ [النحل: ٧] ولم يلزم من هذا تحريم حمل الأثقال على الخيل.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) تقدم فى أول كتاب الأطعمة.
(٣) أخرجه الدارقطنى (٤/٢٨٨)، ومن طريقه البيهقى (٩/٣٢٧).
(٤) ينظر السابق.
(٥) أخرجه مسلم (٣٨ - ١٩٤٢)، وهذا لفظه، أما لفظ البخارى فهى الرواية الآتية.
(٦) أخرجه البخارى (٥٥١٠، ٥٥١١، ٥٥١٢، ٥٥١٩).

وينضم إلى ما ذكرناه فى تأويل الآية ما قدمناه من الأحاديث الصحيحة فى إباحة لحم الخيل مع عدم المعارض الصحيح لها، وأما الحديث الذى احتجوا به فسبق جوابه، والله تعالى أعلم.

فرع: لحم الحمر الأهلية حرام عندنا، وبه قال جماهير العلماء من السلف والخلف.

قال الخطابى: هو قول عامة العلماء، قال: وإنما رويت الرخصة فيه عن ابن عباس، رواه عنه أبو داود فى سننه[١].

قلت: ورواه عن ابن عباس البخارى فى صحيحه، كما سنوضحه إن شاء الله تعالى[٢].

وعند مالك ثلاث روايات فى لحمها:

أشهرها: أنه مكروه كراهة تنزيه شديدة.

والثانية: حرام.

والثالثة: مباح.

واحتج لابن عباس بقوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٖ يَطۡعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيۡتَةً﴾ [الأنعام: ١٤٥] الآية.

وبحديث غالب بن أبجر قال: «أَصَابَتْنَا سَنَةٌ فَلَمْ يَكُنْ فِى مَالِى شَىء أُطْعِمُ إِلَّا الْحُمُرَ الْأَهْلِيَّةَ، وَقَدْ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حَرَّمَ لُحومَ الْحُمُرِ الْأَهْلِيَّةِ فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَصَابَتْنَا السَّنَةُ، وَلَمْ يَكُنْ فِى مَالِى مَا أُطْعِمُ أَهْلِى إِلَّا سِمَانَ الْحُمُرِ، وَإِنَّكَ حَرَّمْتَ الْحُمُرَ الْأَهْلِيَّةَ فَقَالَ: أَطْعِمْ أَهْلَكَ مِنْ سَمِينِ حُمُرِك، فَإِنَّمَا حَرَّمْتُهَا مِنْ أَجْلِ جَوَّالِ الْقَرْيَةِ» رواه أبو داود واتفق الحفاظ على تضعيفه.

قال الخطابى والبيهقى وغيرهما: هو حديث مختلف[٣] فى إسناده، يعنون مضطربا[٤].

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٨٠٨)، ولفظه مقارب للفظ البخارى الذى سيذكره الشارح بعد قليل.

(٢) سيأتى.

(٣) فى ط: يختلف.

(٤) أخرجه أبو داود (٣٨٠٩)، ومن طريقه البيهقى (٩/ ٣٣٢)، وأخرجه الطبرانى فى الكبير (١٨/ ٦٦٤ - ٦٧٠)، وساق الاختلاف فى إسناده.

قال البيهقى وغيره: وهذا الحديث لا يعارض الأحاديث الصحيحة التى سنذكرها إن شاء الله تعالى، قالوا: ولو بلغ ابن عباس أحاديث النبى ﷺ الصحيحة الصريحة فى تحريمها لم يصر إلى غيرها.

ودليل الجمهور فى تحريمها: حديث على - رضى الله عنه -: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهى عَنْ مُتْعَةِ النِّسَاءِ يَوْمَ خَيْبَرَ، وَعَنْ لُحُومِ الْحُمُرِ الأَهْلِيَّةِ» رواه البخارى ومسلم[(١)].

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٥٤٢) كتاب: النكاح، باب: نكاح المتعة (٤١)، والبخارى (٧/ ٤٨١) كتاب: المغازى، باب: غزوة خيبر، حديث (٤٢١٦)، ومسلم (٢/ ١٠٢٧، ١٠٢٨) كتاب: النكاح، باب: نكاح المتعة حديث (٢٩ - ١٤٠٧/٣٢)، والنسائى (٦/ ١٢٥ - ١٢٦) كتاب: النكاح، باب: تحريم المتعة، والترمذى (٣/ ٤٢٩) كتاب: النكاح، باب: تحريم نكاح المتعة، حديث (١١٢١)، وابن ماجه (١/ ٦٣٠) كتاب: النكاح، باب: النهى عن نكاح المتعة، حديث (١٩٦١)، والشافعى (٢/ ١٤) كتاب: النكاح، باب: الترغيب فى التزويج، حديث (٣٥)، وأحمد (١/ ٧٩)، والطيالسى (١/ ١٨) حديث (١١١)، والدارمى (٢/ ١٤٠) كتاب: النكاح، باب: النهى عن متعة النساء، والحميدى (١/ ٢٢) رقم (٣٧)، وابن الجارود (٦٩٧)، وأبو يعلى (١/ ٤٣٤) رقم (٥٧٦)، والطبرانى فى المعجم الصغير (١/ ١٣٣)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٣/ ٢٤)، والدارقطنى (٣/ ٢٥٧ - ٢٥٨) كتاب: النكاح، باب: المهر، حديث (٥١)، وأبو نعيم فى الحلية (٣/ ١٧٧)، والبيهقى (٧/ ٢٠١ - ٢٠٢) كتاب: النكاح، باب: نكاح المتعة، والخطيب فى تاريخ بغداد (٦/ ١٠٢)، والبغوى فى شرح السنة (٥/ ٧٧) من طرق عن الزهرى عن عبد الله والحسن ابنى محمد بن على عن أبيهما عن على بن أبى طالب؛ أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر، وعن أكل لحوم الحمر الإنسية.

قال الترمذى: حديث على حديث حسن صحيح.

وقال أبو نعيم: هذا حديث صحيح متفق عليه.

وقال البغوى: هذا حديث متفق على صحته.

والحديث أخرجه الخطيب فى تاريخ بغداد (٨/ ٤٦١) من طريق مالك عن الزهرى عن عبد الله - وحده دون ذكر الحسن - عن أبيه عن على بن أبى طالب به.

وللحديث طريق آخر عن على:

أخرجه الدارقطنى (٣/ ٢٥٩) كتاب: النكاح، باب: المهر حديث (٥٥)، ومن طريقه الحازمى فى الاعتبار (ص - ١٧١) من طريق ابن لهيعة عن موسى بن أيوب عن إياس ابن عامر عن على بن أبى طالب قال: نهى رسول الله ﷺ عن المتعة قال: وإنما كانت لمن لم يجد، فلما أنزل النكاح والطلاق والعدة والنكاح والميراث بين الزوج والمرأة، نسخت.

وقال الحازمى: غريب من هذا الوجه، وقد روى من طرق تقوى بعضها بعضًا.

وقال الزيلعى فى نصب الراية (٣/ ١٨٠): وضعفه ابن القطان فى كتابه. اهـ.

وقد جاء النهى عن على موقوفًا أخرجه عبد الرزاق (٧/ ٥٠٥) رقم (١٤٠٤٦) عنه قال: =

وعن ابن عمر قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ أَكْلِ لُحُومِ الْحُمُرِ الْأَهْلِيَّةِ» رواه البخارى ومسلم[١]، وعن جابر بن عبد الله: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى يَوْمَ خَيْبَرَ عَنْ لُحُومِ الْحُمُرِ الْأَهْلِيَّةِ، وَأَذِنَ فِي لُحُومِ الْخَيْلِ» رواه البخارى ومسلم[٢].

وعن البراء بن عازب قال: «كُنَّا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَصَبْنَا حُمُرًا فَطَبَخْنَاهَا، فَأَمَرَ مُنَادِيًا فَنَادَى أَنْ أَكْفِئُوا الْقُدُورَ» رواه البخارى ومسلم من طرق، وروياه[٣] من رواية عبد الله بن أبى أوفى[٤].

وعن سلمة بن الأكوع قال: «لَمَّا قَدِمْنَا خَيْبَرَ رَأَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ نِيرَانًا تُوقَدُ فَقَالَ: عَلَامَ تُوقَدُ هَذِهِ النِّيرَانُ؟ فَقَالُوا: عَلَى لُحُومِ الْحُمُرِ الْأَهْلِيَّةِ قَالَ: كَسِّرُوا الْقُدُورَ وَأَهْرِيقُوا مَا فِيهَا، فَقَالَ رَجُلٌ مِنَ الْقَوْمِ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَوْ نُهْرِيقُ مَا فِيهَا وَنَغْسِلُهَا؟ فَقَالَ: أَوْ ذَاكَ» رواه البخارى ومسلم[٥].

وعن عمرو بن دينار قال: قلت لجابر بن زيد: يزعمون أن رسول الله ﷺ نهى عن الحمر الأهلية فقال: قد كان يقول ذاك الحكم ابن عمرو الغفارى عندنا بالبصرة،

= نسخ رمضان كل صوم، ونسخت الزكاة كل صدقة، ونسخ المتعة الطلاق والعدة والميراث.
قلت: وسنده ضعيف.

(١) أخرجه أحمد (٢/ ١٠٢)، والبخارى (٤٢١٨)، ومسلم (٦/ ٦٣)، و النسائى (٧/ ٢٠٧)، والبيهقى (٩/ ٣٢٩).

(٢) تقدم فى أول الشرح.

(٣) أخرجه أحمد (٢٩١، ٣٥٤)، والبخارى (٤٢٢١)، ومسلم (٢٨ - ١٩٣٨)، والبيهقى (٩/ ٣٢٩).

(٤) أخرجه البخارى (٧/ ٤٨١) كتاب: المغازى، باب: غزوة خيبر، حديث (٤٢٢٠)، ومسلم (٣/ ١٥٣٨، ١٥٣٩) كتاب: الصيد والذبائح، باب: تحريم أكل لحم الحمر الإنسية، حديث (٢٦، ٢٧/ ١٩٣٧) بغير هذا السياق فقال: أبو إسحاق الشيبانى: «سمعت ابن أبى أوفى رضى الله عنه يقول: أصابتنا مجاعة يوم خيبر، فإن القدور لتغلى قال: وبعضها نضجت، فجاء منادى النبى ﷺ لا تأكلوا من لحوم الحُمُر شيئًا، وأهريقوها، وقال ابن أبى أوفى، فحدثنا أنه إنما نهى عنها؛ لأنها لم تخمّس وقال بعضهم: نهى عنها البتة؛ لأنها كانت تأكل العذرة» وهذا لفظ البخارى فى المغازى ولم يذكر مسلم «لأنها كانت تأكل العذرة» وفى لفظ البخارى: «قال عبد الله: فقلنا إنما نهى النبى ﷺ، عنها لأنها لم تخمّس، وقال آخرون حرمها البتة، وسألت سعيد بن جبير، فقال: حرَّمها البتة.
وسيذكر الشارح لفظه بعد قليل.

(٥) أخرجه أحمد (٤/ ٤٧، ٤٨، ٥٠)، والبخارى (٢٤٧٧)، ومسلم (١٢٣ - ١٨٠٢) كتاب الجهاد، (٣٣ - ١٨٠٢) كتاب الصيد، وابن ماجة (٣١٩٥)، والبيهقى (٩/ ٣٣٠).

ولكن أبى ذلك [البحر][١] ابن عباس وقرأ: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا﴾ [الأنعام: ١٤٥] رواه البخارى[٢]، وقوله: أبى ذلك ابن عباس محمول على أنه لم يبلغه حديث الحكم بن عمرو وغيره.

وعن ابن عباس قال: «لَا أَدْرِى أَنَهَى [عنه][٣] رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْ أَجْلِ أَنَّهُ كَانَ حَمُولَةَ النَّاسِ، فَكَرِهَ أَنْ تَذْهَبَ حَمُولَتُهُمْ؟ أَوْ حَرَّمَ يَوْمَ خَيْبَرَ لَحْمَ الْحُمُرِ الْأَهْلِيَّةِ؟» رواه البخارى ومسلم[٤].

وعن ابن أبى أوفى قال: «أَصَابَتْنَا مَجَاعَةٌ لَيَالِى خَيْبَرَ فَلَمَّا كَانَ يَوْمُ خَيْبَرَ وَقَعْنَا فِى الْحُمُرِ الْأَهْلِيَّةِ فَانْتَحَرْنَاهَا، فَلَمَّا غَلَتْ بِهَا الْقُدُورُ نَادَى مُنَادِى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: أَكْفِئُوا الْقُدُورَ وَلَا تَأْكُلُوا مِنْ لُحُومِ الْحُمُرِ شَيْئًا، فَقَالَ نَاسٌ: إِنَّمَا حَرَّمَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِأَنَّهَا لَمْ تُخَمَّسْ، وَقَالَ آخَرُونَ: حَرَّمَهَا أَلْبَتَّةَ» رواه البخارى ومسلم[٥].

وعن أبى ثعلبة الخشنى قال: «حَرَّمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لَحْمَ الْحُمُرِ، وَلَحْمَ كُلِّ ذِى نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ» رواه البخارى ومسلم وهذا لفظ البخارى.

ولفظ مسلم: «حَرَّمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لُحُومَ الْحُمُرِ الْأَهْلِيَّةِ»[٦].

---

(١) سقط فى ط.

(٢) أخرجه الحميدى (٨٥٩)، وأحمد (٤/ ٢١٣)، والبخارى (٥٥٢٩)، وأبو داود (٣٨٠٨)، والبيهقى (٩/ ٣٣٠).

(٣) سقط فى ط.

(٤) أخرجه البخارى (٤٢٢٧)، ومسلم (٣٢ - ١٩٣٩)، والبيهقى (٩/ ٣٣٠).

(٥) تقدم تخريجه قريبًا.

(٦) أخرجه البخارى (٩/ ٦٥٧) كتاب: الذبائح والصيد، باب: أكل كل ذى ناب من السباع، حديث (٥٥٣٠)، ومسلم (٣/ ١٥٣٣) كتاب: الصيد والذبائح، باب: تحريم أكل كل ذى ناب من السباع حديث (١٣، ١٤/ ١٩٣٢)، ومالك (٢/ ٤٩٦) رقم (١٣)، والطيالسى ص (١٣٦) حديث (١٠١٦) وأحمد (٤/ ١٩٣)، والدارمى (٢/ ٨٤ - ٨٥) كتاب: الأضاحى، باب: ما لا يؤكل من السباع، وأبو داود (٤/ ١٥٩) كتاب: الأطعمة، باب: النهى عن أكل السباع، حديث (٣٨٠٢)، والترمذى (٤/ ٧٣) كتاب: الأطعمة، باب: ما جاء فى كراهية كل ناب، حديث (١٤٧٧)، والنسائى (٧/ ٢٠٠ - ٢٠١)، وابن ماجه (٢/ ١٠٧٧) كتاب: الصيد، باب: أكل كل ذى ناب من السباع، حديث (٣٢٣٢)، وابن الجارود (٨٨٩)، والشافعى (٢/ ١٧٢ - ١٧٣) كتاب: الصيد والذبائح رقم (٦٠٤، ٦٠٥)، والحميدى (٢/ ٣٨٦) رقم (٨٧٥)، وابن حبان (٥٢٥٥ - الإحسان)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١٩٠)، وأبو نعيم فى الحلية (٩/ ٢٨)، والبيهقى (٩/ ٣٣١)، والبغوى فى شرح السنة (٦/ ٣١) من طريق أبى إدريس الخولانى عن أبى ثعلبة به. =

وعن أنس: «أَنَّ النَّبِى ﷺ جاءَهُ جَاءٍ فَقَالَ: أُكِلَت الْحُمُرُ؟ ثُمَّ جَاءَهُ جَاءٍ فَقَالَ: أُكِلَت الْحُمُرُ، ثُمَّ جاءَهُ جَاءٍ فَقَالَ: أُفْنِيَت الْحُمُرُ فَنَادَى مُنَادِى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِى النَّاسِ: إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يَنْهَيَانِكُمْ عَنْ لُحُوم الْحُمُرِ الأَهْلِيَّةِ فَإِنَّهَا رِجْسٌ فَأُكْفِئَتِ الْقُدُورُ وَإِنَّهَا لَتَفُورُ بِاللَّحْمِ» رواه البخارى ومسلم[١]، وفى رواية لمسلم: «رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ»[٢]، وفى رواية له: «رِجْسٌ أَوْ نَجِسٌ»[٣].

وعن المقدام بن معدى كرب قال: «حَرَّمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَشْيَاءَ يَوْمَ خَيْبَرَ مِنْهَا الْحِمَارُ الأَهْلِى» رواه البيهقى وغيره[٤]والأحاديث فى المسألة كثيرة، والله أعلم.

وأما الحديث المذكور فى سنن أبى داود عن غالب بن أبجر قال: «أَتَيْتُ النَّبِى ﷺ فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَصَابَتْنَا السَّنَةُ، وَلَمْ يَكُنْ فِى مَالِى مَا أُطْعِمُ أَهْلِى إِلَّا سِمَانُ الْحُمُرِ، وَإِنَّكَ حَرَّمْت لُحُومَ الْحُمُرِ الأَهْلِيَّةِ، فَقَالَ: أَطْعِمْ أَهْلَكَ مِنْ سَمِينِ حُمُرِك فَإِنَّمَا حَرَّمْتُهَا مِنْ أَجْلِ جَوَّالِ الْقَرْيَةِ»، يعنى بالجوال: الذى يأكل الجلة وهى العذرة.

فهذا الحديث مضطرب مختلف الإسناد، كثير الاختلاف والاضطراب باتفاق الحفاظ، وممن أوضح اضطرابه الحافظ أبو القاسم بن عساكر فى الأطراف[٥]، فهو حديث ضعيف.

ولو صح لحمل على الأكل منها حال الاضطرار؛ ولأنها قصة عين لا عموم لها، فلا حجة فيها، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: لحم البغل حرام عندنا، وبه قال جميع الأئمة إلا ما حكاه أصحابنا عن الحسن البصرى أنه أباحه.

دليلنا: حديث جابر السابق وغيره.

فرع: لحم الكلب حرام عندنا، وبه قالت الأئمة بأسرها إلا رواية عن مالك فى

= وقال الترمذى: حديث مشهور من حديث أبى ثعلبة حسن صحيح.

(١) أخرجه الحميدى (١٢٠٠)، وأحمد (٣/ ١٦٤)، والبخارى (٤١٩٩)، (٥٥٢٨)، ومسلم (٣٥ - ١٩٤٠)، والنسائى (١/ ٥٦)، وابن ماجة (٣١٩٦)، والبيهقى (٩/ ٣٣١).

(٢) صحيح مسلم (٣٤ - ١٩٤٠).

(٣) صحيح مسلم (٣٥ - ١٩٤٠).

(٤) أخرجه ابن ماجة (٣١٩٣)، والبيهقى (٩/ ٣٣١).

(٥) أخرجه أبو داود (٣٨٠٩)، (٣٨١٠) كذلك الطبرانى فى الكبير (١٨/ ٢٦٥ - ٢٦٧) برقم (٦٦٤ - ٦٧٠)، والبيهقى (٩/ ٣٣٢).

الجرو[١].

فرع: السنور الأهلى حرام عندنا، وبه قال جمهور العلماء، وأباحه الليث بن ربيعة.

وقال مالك[٢]: يكره.

فقال بعض أصحابنا: [أراد][٣] كراهة تنزيه، وبعضهم كراهة تحريم، والله أعلم.

فرع: ذبح الحمار والبغل ونحوهما مما لا يؤكل ليدبغ جلده أو ليصطاد على لحمه السنور والعقبان ونحو ذلك حرام عندنا، وجوزه أبو حنيفة، وسبقت[٤] المسألة واضحة فى باب الآنية.

---

(١) ورروى ابن عبد البر تحريم الكلاب والسباع العادية وهو مذهب الموطأ يعنى هو ما رواه مالك فى الموطأ بإسناد صحيح عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال «أكل كل ذى ناب من السباع حرام قال مالك: وهو الأمر عندنا ا.هـ. والكلاب جمع كلب والكلب من ذوات الناب، وهو يعدو بنابه على الإنسان، وهو عند مالك حرام. قال الصاوى فى حاشيته على الدردير: وقد علمت أن فى الكلب الإنسى قولين بالحرمة والكراهة، وصحح ابن عبد البر التحريم. وقال فى الكلاب: ولا تؤكل الكلاب. قال الحطاب: ولم أر فى المذهب من نقل إباحة أكل الكلب ا.هـ. ولا يجوز للمفتى أن يفتى بأكل الكلاب ا.هـ. قال العلامة الجزيرى فى الفقه على المذاهب الأربعة: المالكية لهم فى الكلب قولان: قول بالكراهة وقول بالتحريم. والثانى هو المشهور، ولم يقل بحل أكله أحد وقالوا: يؤدب من نسب حله إلى مالك ا.هـ. قال ابن جزى فى القوانين: المسألة الثانية فى السباع كالأسد والذئب والفهد والدب والنمر والكلب فهى مكروهة. وقيل جميعها محرمة وفاقاً لهم. وقيل تحرم العادية منها ولا تحرم غير العادية ا.هـ. فتحصل أن فى الكلاب وكل ذى ناب فيه قولان فى المذهب: بالتحريم، والكراهة، القول بالكراهة هو المنصوص لأئمة المذهب، والقول بالتحريم هو مذهب الإمام فى الموطأ وإليه ذهب باقى أئمة المذاهب رحمهم الله تعالى. ينظر أسهل المدارك (٢/٥٨، ٥٩).

(٢) قال فى شرح الخرشى إن الحيوان الوحشى الذى لم يفترس - أى لم يعد - كحمر الوحش والغزلان مباح الأكل وإنه يكره سبع وثعلب وذئب وهر وإن كان وحشيا هذا إن لم يفترس، وهذا مذهب المدونة لقول مالك فيها، لا أحب أكل السبع ولا الثعلب ولا الهر الوحشى ولا الإنسى ولا شىء من السباع ورواه العراقيون عن مالك، ولقوله تعالى ﴿قل لا أجد فيما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقا أهل لغير الله به﴾ فهذه الآية دلت على عدم تحريم هذه الأشياء ولما كان نفى التحريم لا يقتضى الجواز عينا احتيط للكراهة. ينظر شرح الخرشى للمحقق الفاضل سيدى أبى الضياء خليل وبهامشه حاشية العدوى ٣/٢٦

(٣) سقط فى ط.

(٤) فى ط: وشُعب.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وأما الوحش فإنه يحل منه الظباء والبقر؛ لقوله تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَٰتِ﴾ [الأعراف: ١٥٧] والظباء والبقر من الطيبات، يصطاد ويؤكل، ويحل الحمار الوحشى؛ للآية؛ ولما روى أن أبا قتادة كان مع قوم محرمين وهو حلال فسنح لهم حمر وحش فحمل عليها أبو قتادة فعقر منها أتانا فأكلوا من لحمها ثم قالوا: نأكل من لحم صيد ونحن محرمون؟ فحملوا ما بقى من لحمها فقال رسول اللهﷺ: «كُلُوا مَا بَقِى مِنْ لَحْمِهَا»،

ويحل أكل الضبع؛ لقوله عز وجل: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَٰتِ﴾.

قال الشافعى - رحمه الله -: ما زال الناس يأكلون الضبع ويبيعونه بين الصفا والمروة.

وروى جابر أن النبى ﷺ قال: «الضَّبُعُ صَيْدٌ يُؤْكَلُ»، وفيه كبش إذا أصابه المحرم.

الشرح: حديث أبى قتادة رواه البخارى ومسلم(١).

وحديث جابر صحيح رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وغيرهم بأسانيد صحيحة.

قال الترمذى: هو حديث حسن صحيح(٢)، وقوله: سنح هو بسين مهملة ونون

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه الشافعى (٢/ ١٧٣ - ١٧٤) كتاب: الصيد والذبائح، حديث (٦٠٩)، وأحمد (٣/ ٣١٨، ٣٢٢)، والدارمى (٢/ ٧٤ - ٧٥) كتاب: المناسك، باب: فى جزاء الضبع، والترمذى (٤/ ٢٥٢) كتاب: الأطعمة، باب: ما جاء فى أكل الضبع، حديث (١٧٩١)، والنسائى (٧/ ٢٠٠) كتاب: الصيد والذبائح، باب: الضبع، وابن ماجه (٢/ ١٠٧٨) كتاب: الصيد، باب: الضبع، حديث (٣٢٣٦)، وأبو اداود (٢/ ٣٨٢) كتاب الأطعمة باب فى أكل الضبع (٣٨٠١)، وابن الجارود ص (٢٩٩) باب ما جاء فى الأطعمة، حديث (٨٩٠)، وعبد الرزاق (٨٦٨١)، وابن أبى شيبة (٤/ ٧٧)، والدارقطنى (٢/ ٢٤٦)، وأبو يعلى (٤/ ٩٦) رقم (٢١٢٧)، وابن خزيمة (٤/ ١٨٢) رقم (٢٦٤٥)، وابن حبان (٩٧٩ - الإحسان)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٢/ ١٦٤)، وفى المشكل (٤/ ٣٧٠ - ٣٧١)، والحاكم (١/ ٤٥٢)، والبيهقى (٩/ ٣١٨) كتاب: الضحايا، باب: ما جاء فى الضبع والثعلب من طرق عن عبد الله بن عبيد عن ابن أبى عمار قال: سألت جابر بن عبد الله: «أتؤكل الضبع؟ قال: نعم، قلت: أصيد هى؟ قال: نعم قلت: سمعت ذلك من رسول الله ﷺ قال: نعم».

وقال الترمذى: حديث حسن صحيح.

وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين.

=

مخففة مفتوحتين ثم حاء مهملة أى: عرض.

قوله: «يأكلون الضبع ويبيعونه»، الضمير فى يبيعونه يعود إلى لحم الضبع، وإلا فالضبع مؤنثة.

وهو بفتح الضاد وضم الباء ويجوز إسكانها، والتثنية ضبعان، والجمع ضباع، والمذكر ضبعان بكسر الضاد وإسكان الباء وتنوين النون والجمع ضباعين كسرحان وسراحين.

أما الأحكام: فدواب الوحش يحل منها الظباء والبقر والحمر والضبع لما ذكره المصنف، وهذا كله متفق عليه، ويحل الوعل بلا خلاف.

فرع: الضبع والثعلب مباحان عندنا، وعند أحمد[1] وداود[2].

= وصححه ابن خزيمة وابن حبان.

وأخرجه الحاكم (١/ ٤٥٣)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٢/ ١٦٥)، والبيهقى (٩/ ٣١٩) كتاب: الضحايا، باب: ما جاء فى الضبع والثعلب من طريق حسان بن إبراهيم عن إبراهيم الصائغ عن عطاء عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «الضبع صيد فإذا أصابه المحرم ففيه جزاء كبش مسن ويؤكل».

وقال الحاكم: صحيح ولم يخرجاه، وإبراهيم بن ميمون الصائغ زاهد عالم أدرك الشهادة رضى الله عنه ووافقه الذهبى.

(١) قال فى كشاف القناع (٤/ ١١٢) إن الخنزير محرم بالنص والإجماع مع أن له نابا يفترس به، وماله ناب يفترس به نص عليه سوى الضبع فإنه مباح وإن كان له ناب لما روى جابر رضى الله تعالى عنه قال سألت رسول الله ﷺ عن الضبع فقال: هو صيد ويجعل فيه كبش إذا صاده المحرم رواه أبو داود. وهذا خاص فيقدم على العام.

ويحرم أكل كل ما له ناب كأسد ونمر وذئب وفهد وكلب وابن آوى وابن عرس وسنور أهلى وبرى ونمس وقرد ولو كان صغيرا لم ينبت نابه ودب وفيل وثعلب لما روى أبو ثعلبة الخشنى رضى الله تعالى عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن أكل كل ذى ناب من السباع.

وجاء فى المغنى والشرح الكبير أن الروايات اختلفت فى الثعلب فأكثر الروايات عن أحمد إنه حرام، وهذا قول أبى هريرة رضى الله تعالى عنه لأنه سبع فيدخل فى عموم النهى.

ونقل عن أحمد إباحته. اختاره الشريف أبو جعفر ورخص فيه عطاء وطاوس وقتادة والليث وسفيان بن عيينة رضى الله تعالى عنهم لأنه يفدى فى الإحرام والحرم.

وقال أحمد وعطاء كل ما يفدى إذا أصابه المحرم فإنه يؤكل.

(٢) ولا يحل شىء من السباع من ذوات الأنياب ولا أكل الكلب أو الهر إنسيا كان أو بريا، ولا الثعلب، حاشا الضبع وحدها فهى حلال أكلها، ولو أمكنت ذكاة الفيل لحل أكله.

أما تحريم السباع فلما روينا من طريق مالك بن أنس عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه عن رسول الله ﷺ قال: «كل ذى ناب من السباع فأكله حرام. والكلب والهر والثعلب ذو=

وحرمهما أبو حنيفة[١].

وقال مالك[٢]: يكرهان.

وممن قال بإباحة الضبع على بن أبى طالب وإسحاق بن راهويه وأبو ثور وخلائق من الصحابة والتابعين[٣]، وممن أباح الثعلب طاوس وقتادة وأبو ثور[٤].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: ويحل أكل الأرنب؛ لقوله تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ﴾ [الأعراف: ١٥٧] والأرنب من الطيبات.

ولما روى جابر: «أَنَّ غُلَامًا مِنْ قَوْمِهِ أَصَابَ أَرْنَبًا فَذَبَحَهَا بِمَرْوَةٍ فَسَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ أَكْلِهَا فَأَمَرَهُ أَنْ يَأْكُلَهَا».

ويحل اليربوع؛ لقوله عز وجل: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ﴾ واليربوع من الطيبات تصطاده العرب وتأكله، وأوجب فيه عمر - رضى الله عنه - على المحرم إذا أصابه جفرة فدل على أنه صيد مأكول.

= ناب من السباع فكل ذلك حرام».

وأما استثناء الضبع من الحرمة فذلك لما روينا من طريق عبدالرزاق عن ابن أبى عمار قال: سألت جابر بن عبدالله عن الضبع: أكلها؟ قال نعم، قلت أصيد هى؟ قال: نعم قلت: أسمعت ذلك من نبى الله صلى الله عليه وسلم؟ قال: نعم قال ابن جريج حدثنا نافع مولى ابن عمر قال: أخبر رجل ابن عمر أن سعد بن أبى وقاص يأكل الضباع. قال نافع فلم ينكر ابن عمر ذلك وأما الفيل فليس سبعا ولا جاء فى تحريمه نص، وقد قال الله تعالى ﴿خلق لكم ما فى الأرض جميعا﴾ وقال تعالى: ﴿قل لا أجد فيما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه﴾ وقال تعالى: ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم﴾ فكل شىء حلال إلا ما جاء نص بتحريمه ولم يأت فى الفيل نص تحريم فهو حلال. ينظر المحلى (٧/ ٤٦٨).

(١) أما المتوحش من السباع - وهو كل ذى ناب من السباع - فلا يحل لما روى فى الخبر المشهور عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن أكل كل ذى ناب من السباع، وعن الزهرى رضى الله تعالى عنه قال: قال رسول الله ﷺ «كل ذى ناب من السباع حرام، فذو الناب من سباع الوحش مثل الأسد والذئب والضبع والنمر والفهد والثعلب والسنور البرى والسنجاب والفنك والسمور والدلق والدب والقرد والفيل ونحوه فلا خلاف فى هذه الجملة أنها محرمة. ينظر بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ٥/ ٣٩

(٢) روى المدنيون عن مالك تحريم أكل ما يعدو من هذه الأشياء كالأسد والنمر والثعلب والكلب، وما لا يعدو يكره أكله كالضبع والهر كذا فى بهرام وجعل الضبع لا يعدو باعتبار بعض الأقطار وإلا فهو يعدو فى بلادنا. ينظر شرح الخرشى (٣/ ٣٠).

(٣) ينظر مصنف عبدالرزاق (٤/ ٥١٢ - ٥١٥)، وابن أبى شيبة (٥/ ١١٨ - ١١٩).

(٤) ينظر مصنف عبدالرزاق (٤/ ٥٢٨ - ٥٢٩).

ويحل أكل الثعلب؛ لقوله تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ﴾ والثعلب من الطيبات مستطاب يصطاد، ولأنه لا يتقوى بنابه فأشبه الأرنب.

ويحل أكل ابن عرس والوبر لما ذكرناه فى الثعلب، ويحل أكل القنفذ؛ لما روى أن ابن عمر رضى الله عنهما سئل عن القنفذ فتلا قوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٖ يَطۡعَمُهُۥٓ﴾ [الأنعام: ١٤٥] الآية، ولأنه مستطاب لا يتقوى بنابه فحل أكله كالأرنب.

ويحل الضب؛ لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أنه أخبره خالد بن الوليد: «أَنَّهُ دَخَلَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بَيْتَ مَيْمُونَةَ رضى الله عنها فَوَجَدَ عِنْدَهَا ضَبًّا مَحْنُوذًا، فَقَدَّمَتْ الضَّبَّ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَرَفَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَدَهُ، فَقَالَ خَالِدٌ: أَحَرَامٌ الضَّبُّ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: لَا وَلَكِنْ لَمْ يَكُنْ بِأَرْضِ قَوْمِى فَأَجِدُنِى أَعَافُهُ، قَالَ خَالِدٌ: فَاجْتَرَرْتُهُ فَأَكَلْتُهُ وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَنْظُرُ فَلَمْ يَنْهَهُ».

الشرح: حديث جابر فى الأرنب رواه البيهقى بلفظه بإسناد حسن[1] وجاءت أحاديث صحيحة بمعناه.

منها: حديث أَنَسٍ قَالَ: «أَنْفَجْنَا أَرْنَبًا بِمَر الظَّهْرَانِ فَأَدْرَكْتُهَا فَأَخَذْتُهَا فَذَهَبْتُ بِهَا إِلَى أَبِى طَلْحَةَ، فَذَبَحَهَا وَبَعَثَ بِكَتِفِهَا وَفَخِذِهَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَبِلَهُ» رواه البخارى ومسلم[2]، وفى رواية البخارى: قبله وأكل منه[3].

وأما الأثر المذكور عن ابن عمر فى القنفذ: فهو بعض حديث طويل عن عيسى ابن نميلة عن أبيه قال: كنت عند ابن عمر فسئل عن أكل القنفذ فتلا: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا﴾ [الأنعام: ١٤٥] الآية، قال شيخ عنده: سمعت أبا هريرة يقول: «ذُكِرَ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: خَبِيثَةٌ مِنَ الْخَبَائِثِ فَقَالَ ابْنُ عُمَرَ: إِنْ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قَالَ هَذَا فَهُوَ كَمَا قَالَ» رواه أبو داود بإسناد ضعيف، قال البيهقى: لم يرو إلا

---

(١) أخرجه عبدالرزاق (٨٢٩٢)، والترمذى (١٤٧٢)، وفى العلل الكبير (١٤٧٢)، والبيهقى (٩/ ٣٢١).

(٢) أخرجه البخارى (٥٤٨٩، ٥٥٣٥)، ومسلم (٥٣ - ١٩٥٣).
و(أنفجنا) بفاء مفتوحة وجيم ساكنة أى أثرنا... يقال: نفج الأرنب إذا ثار وعدا، وانتفج كذلك، وأنفجته إذا أثرته من موضعه. فتح البارى (١١/ ٩٧).

(٣) أخرجه البخارى (٢٥٧٢).

بهذا الإسناد، قال: وهو إسناد فيه ضعف[١].

وأما حديث ابن عباس عن خالد فرواه البخارى ومسلم[٢].

قوله: «فذبحها بمروة» هى بفتح الميم وهى الحجرة.

قوله: «القنفذ» هو بضم القاف والفاء، ويقال بفتح الفاء لغتان ذكرهما الجوهرى، وجمعها قنافذ، والوبر - بإسكان الباء - جمعه وبار بكسر الواو، والضب المحنوذ، أى: المشوى، قوله: فاجتررته هكذا هو بالراء المكررة، هذا هو الصواب المعروف فى كتب الحديث والفقه وغيرهما، وذكر بعض من تكلم فى ألفاظ المهذب أنه بالزاى بعد الراء أى: وطعنه[٣].

أما الأحكام: فيحل الأرنب واليربوع[٤] والثعلب والقنفذ والضب والوبر وابن عرس، ولا خلاف فى شىء من هذه إلا الوبر والقنفذ ففيهما وجه أنهما حرام.

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٣٨١)، وأبو داود (٣٧٩٩)، ومن طريقه البيهقى (٩/ ٣٢٦).
وفى سنده عيسى بن نميلة وأبوه وهما مجهولان كما فى التقريب.

(٢) أخرجه البخارى (٩/ ٥٣٤) كتاب: الأطعمة، باب: ما كان النبى ﷺ لا يأكل حتى يسمى له فيعلم ما هو، حديث (٥٣٩١)، ومسلم (٣/ ١٥٤٣) كتاب: الصيد والذبائح، باب: إباحة الضبع، حديث (١٩٤٦/٤٤)، وأحمد (٤/ ٨٨، ٨٩)، والدارمى (٢/ ٩٣) كتاب: الصيد، باب: فى أكل الضب، وأبو داود (٤/ ١٥٣ - ١٥٤) كتاب: الأطعمة، باب: فى أكل الضب، حديث (٣٧٩٤)، والنسائى (٧/ ١٩٨) كتاب: الصيد والذبائح، باب: الضب، وابن ماجه (٢/ ١٠٧٩ - ١٠٨٠) كتاب: الصيد، باب: الضب، حديث (٣٢٤١)، والبيهقى (٩/ ٣٢٣) كتاب: الضحايا، باب: ما جاء فى الضب، من حديث، خالد بن الوليد «أنه دخل مع رسول الله ﷺ على ميمونة، وهى خالته وخالة ابن عباس، فوجد عندها ضبا محنوذًا قدمت به أختها حفيدة بنت الحارث من نجد، فقدمت الضب لرسول الله ﷺ فأهوى بيده فى الضب فقالت امرأة من النسوة الحضور: أخبرن رسول الله ﷺ بما قدّمتن له، قلن: هو الضب يا رسول الله فرفع رسول الله يده فقال: خالد بن الوليد أحرام الضب يا رسول الله؟ قال: لا ولكن لم يكن بأرض قومى، فأجدنى أعافه، قال خالد: فاجتررته، فأكلته ورسول الله ﷺ ينظر، فلم ينهنى».

(٣) فى أ: وقطعه.

(٤) لم يذكر الشارح، رحمه الله، قول المصنف، عفا الله عنه، واليربوع من الطيبات يصطاده العرب وتأكله، وأوجب فيه عمر، رضى الله عنه على المحرم إذا أصابه جفرة.
ومن ثم فلم يذكر مخرج هذا الأثر عن عمر.
وهذا الأثر أخرجه مالك فى الموطأ (١/ ٤١٤) رقم (٢٣٠)، ومن طريق الشافعى فى المسند (١/ ٨٥٦) عن أبى الزبير أن عمر بن الخطاب قضى فى الضبع بكبش، وفى الغزال بعنز، وفى الأرنب بعناق، وفى اليربوع بجفرة.

والصحيح المنصوص: تحليلهما، وبه قطع الجمهور.

ويحل الدلدل على الصحيح المنصوص وفيه وجه.

وأما السمور والسنجاب والفنك - بفتح الفاء والنون - والقاقم - بالقافين وضم الثانية - والحواصل - ففيها وجهان:

الصحيح المنصوص: أنها حلال.

والثاني: أنها حرام. والله تعالى أعلم.

فرع: فى مذاهب العلماء فى الضب.

مذهبنا: أنه حلال غير مكروه. وبه قال مالك[1] وأحمد[2] والجمهور.

وقال أصحاب أبى حنيفة:[3] يكره.

وأما اليربوع فحلال عندنا لا يكره.

دليلنا: حديث خالد وأحاديث كثيرة فى الصحيحين.

وأما القنفذ فحلال عندنا لا يكره، وبه قال مالك[4] والجمهور.

وقال أحمد[5]: يحرم.

---

(١) في شرح مختصر خليل (٣/ ٣١) : وأما الضب فقد صحح في توضيحه إباحته.

(٢) قال فى الإنصاف (٣/ ٥٣٩): الضب : فالصحيح من المذهب : أن في قتله جديا . وعليه أكثر الأصحاب، وجزم به في المحرر، والوجيز، والإفادات، وغيرهم، وقدمه في المغني، والشرح، والفروع، وغيرهم . وعنه فيه شاة، اختاره القاضي، وأطلقهما في التلخيص .

(٣) وكذلك حكم تناول ما ليس له دم سائل من مثل الحية والوزغ وسام أبرص وجميع الحشرات وهوام الأرض من الفأر والقراد والقنافذ والضب واليربوع وابن عرس ونحوها فلا يحل أكل شيء من ذلك ولا خلاف فى حرمة هذه الأشياء وذلك لقول الله تبارك وتعالى ﴿ويحرم عليهم الخبائث﴾ وكل هذه من الخبائث دون استثناء، وقد روى عن السيدة عائشة رضى الله تعالى عنها أن النبى ﷺ أهدى إليه لحم ضب فامتنع أن يأكله فجاءت سائلة فأرادت السيدة عائشة رضى الله عنها أن تطعمها إياه فقال لها رسول الله ﷺ «أتطعمين ما لا تأكلين» ولا يحتمل أن يكون امتناع النبى ﷺ عن الأكل من الضب لما أن نفسه الشريفة عافته لأنه لو كان كذلك لما منع السيدة عائشة من أن تتصدق به كما حدث فى شاة الأنصار من أن النبى ﷺ لما امتنع من أكلها أمر بالتصدق بها. ينظر بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ٥/ ٣٦

(٤) قال في منح الجليل (٢/ ٤٥٢): المباح طعام طاهر، والبحري وإن ميتا، ولو جلالة وذا مخلب؛ ونعم، ووحش لم يفترس : كيربوع، وخلو ووبر، وأرنب وقنفذ، وضربوب، وحية أمن سمها، وخشاش أرض، وعصير، وفقاع وسوبيا وعقيد أمن سكره .

(٥) قال فى مطالب أولى النهى (٦/ ٣١١): قدم القنفذ لرسول الله ﷺ فقال : ﷺ (هو خبيثة من الخبائث) (ونيص وهو كبار القنافذ على ظهره شوك طويل) ويقال له الدلدل.

وقال أصحاب أبى حنيفة: يكره.

وأما اليربوع فحلال عندنا لا يكره، وبه قال مالك وأحمد[(١)] والجمهور.

وقال أصحاب أبى حنيفة: يكره، ونقل صاحب البيان عن أبى حنيفة تحريم الضب والوبر وابن عرس والقنفذ واليربوع.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: ولا يحل ما يتقوى بنابه ويعدو على الناس وعلى البهائم؛ كالأسد والفهد والذئب والنمر والدب؛ لقوله عز وجل: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ فَالَّذِينَ آمَنُوا بِهِ وَعَزَّرُوهُ وَنَصَرُوهُ وَاتَّبَعُوا النُّورَ الَّذِي أُنْزِلَ مَعَهُ أُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾ [الأعراف: ١٥٧] وهذه السباع من الخبائث؛ لأنها تأكل الجيف ولا يستطيبها العرب.

ولما روى ابن عباس - رضى الله عنهما -: أَنَّ النَّبِى ﷺ نَهَى عَنْ أَكْلِ كُلِّ ذِى نَابٍ مِن السِّبَاعِ وَأَكْلِ كُلِّ ذِى مِخْلَبٍ مِنَ الطَّيرِ».

وفى ابن آوى وجهان:

أحدهما: يحل؛ لأنه لا يتقوى بنابه، فهو كالأرنب.

---

(١) قال فى الإنصاف (١٠/ ٣٦١): وفي الثعلب، والوبر، وسنور البر، واليربوع : روايتان. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمحرر، والرعايتين، والحاويين، وإدراك الغاية، والزركشي، وتجريد العناية، وغيرهم . أما الثعلب : فيحرم على الصحيح من المذهب .

قال المصنف، والشارح : أكثر الروايات عن الإمام أحمد رحمه الله تحريم الثعلب . ونقل عبد الله رحمه الله : لا أعلم أحدا أرخص فيه إلا عطاء . وكل شيء اشتبه عليك فدعه . قال الناظم : هذا أولى، وصححه في التصحيح، وقدمه في الفروع . والرواية الثانية : يباح . قال ابن عقيل في التذكرة : والثعلب مباح في أصح الروايتين، واختارها الشريف أبو جعفر، والخرقي . وأطلقهما في الكافي . وأما سنور البر : فالصحيح من المذهب : أنه محرم، صححه في التصحيح . قال الناظم : هذا أولى . قال في الفروع : ويحرم سنور بر على الأصح، واختاره ابن عبدوس في تذكرته، وجزم به في الوجيز . وهو ظاهر ما جزم به في المنور، ومنتخب الأدمي . والرواية الثانية : يباح . وأطلقهما في الكافي، والإشارة للشيرازي، والبلغة، والمحرر . وأما الوبر واليربوع : فالصحيح من المذهب : أنهما مباحان . قال في الفروع : لا يحرم وبر ويربوع على الأصح، وصححه في التصحيح، واختاره المصنف، والشارح، وابن عبدوس في تذكرته، وقدمه في الكافي . قال ابن رزين في نهايته : يباح اليربوع . والرواية الثانية : يحرمان، وجزم في الوجيز بتحريم اليربوع . وقال القاضي : يحرم الوبر . وأطلق الخلاف في المحرر .

والثانى: لا يحل؛ لأنه مستخبث كريه الرائحة؛ لأنه من جنس الكلاب، فلم يحل أكله.

وفى السنور الوحشى وجهان:

أحدهما: لا يحل؛ لأنه يصطاد بنابه، فلم يحل كالأسد والفهد.

والثانى: يحل؛ لأنه حيوان يتنوع إلى [حيوان][1] وحشى وأهلى.

ويحرم الأهلى منه ويحل الوحشى منه كالحمار الوحشى.

ولا يحل أكل حشرات الأرض، كالحيات والعقارب والفأر والخنافس والعظاء والصراصر والعناكب والوزغ وسام أبرص والجعلان والديدان وبنات وردان وحمار قبان؛ لقوله عز وجل: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧].

الشرح: حديث ابن عباس رواه مسلم بلفظه[2]، ورواه البخارى ومسلم جميعا من رواية أبى ثعلبة الخشنى: «أَنَّ النَّبِى ﷺ نَهَى عَنْ أَكْلِ كُلِّ ذِى نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ»[3]، ورواه مسلم أيضًا من رواية أبى هريرة أن النبى ﷺ قال: «كُلُّ ذِى نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ فَأَكْلُهُ حَرَامٌ»[4].

---

(١) سقط فى أ

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٥٤٣) كتاب: الصيد والذبائح، باب: تحريم أكل كل ذى ناب، حديث (١٦/ ١٩٣٤)، وأبو داود (٢/ ٣٨٣) كتاب: الأطعمة، باب: النهى عن أكل السباع، حديث (٣٨٠٣)، والدارمى (٢/ ٨٥) كتاب: الأضاحى، باب: ما لا يؤكل من السباع، وأحمد (١/ ٢٤٤، ٢٨٩، ٣٠٢، ٣٧٣)، وابن الجارود (٨٩٢) وابن حبان (٥٢٥٦ - الإحسان)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١٩٠)، والبيهقى (٩/ ٣١٥) كتاب: الضحايا، باب: ما يحرم من جهة ما لا تأكل العرب، وأبو نعيم فى الحلية (٤/ ٩٥)، والبغوى فى شرح السنة (٦/ ٣٢) من طريق أبى بشر - والحكم عند بعضهم - عن ميمون بن مهران عن ابن عباس به.

وقد رواه ميمون بن مهران عن سعيد بن جبير عن ابن عباس أخرجه أبو داود (٢/ ٣٨٣) كتاب: الأطعمة، باب: النهى عن أكل السباع، حديث (٣٨٠٥)، والنسائى (٧/ ٢٠٦) كتاب: الصيد والذبائح، باب: إباحة أكل لحوم الدجاج حديث (٤٣٤٨)، وابن ماجه (٢/ ١٠٧٧) كتاب: الصيد، باب: أكل كل ذى ناب من السباع، حديث (٣٢٣٤)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١٩٠)، وأحمد (١/ ٣٣٩)، والبيهقى (٩/ ٣١٥) كتاب: الضحايا، باب: ما يحرم من جهة ما لا تأكل العرب، وابن الجارود (٨٩٣) من طريق على بن الحكم عن ميمون بن مهران عن سعيد بن جبير عن ابن عباس.

(٣) تقدم.

(٤) أخرجه مسلم (٣/ ١٥٣٤) كتاب: الصيد والذبائح، باب: تحريم أكل كل ذى ناب من =

قال أهل اللغة: المخلب - بكسر الميم، وإسكان الخاء المعجمة - وهو للطير والسباع كالظفر للإنسان.

وأما الحشرات: فبفتح الحاء والشين، وهى هوام الأرض وصغار دوابها، والحية تطلق على الذكر والأنثى كالدجاجة، والبطة.

وأما العقرب والعقربة والعقرباء فاسم للأنثى، ويقال للذكر: عقربان بضم العين والراء.

وأما الخنافس فجمع خنفساء، بضم الخاء وبالمد والفاء مفتوحة ومضمومة والفتح أفصح وأشهر، قال الجوهرى: ويقال: خنفس وخنفسة.

وأما العناكب فجمع عنكبوت وهى هذه الناسجة المعروفة، قال الجوهرى: الغالب عليها التأنيث.

وأما سام أبرص فبتشديد الميم، قال أهل اللغة: هو كبار الوزغ، قال النحويون واللغويون: سام أبرص اسمان جعلا واحدا ويجوز فيه وجهان:

أحدهما: البناء على الفتح كخمسة عشر.

والثانى: إعراب الأول وإضافته إلى الثانى ويكون الثانى [مفتوحا][1] لأنه لا ينصرف.

وأما الجعلان فبكسر الجيم وإسكان العين جمع جعل بضم الجيم وفتح العين،

= السباع، حديث (١٦/ ١٩٣٤)، ومالك (٢/ ٤٩٦) كتاب: الصيد، باب: تحريم أكل كل ذى ناب من السباع، حديث (١٤)، والشافعى (٢/ ١٧٢) كتاب: الصيد والذبائح، حديث (٦٠٣)، وأحمد (٢/ ٢٣٦) والترمذى (٤/ ٧٤) كتاب: الأطعمة، باب: ما جاء فى كراهية كل ذى ناب وذى مخلب، حديث (١٤٧٩)، والنسائى (٧/ ٢٠٠) كتاب: الصيد والذبائح، باب: تحريم أكل السباع، وابن ماجه (٢/ ١٠٧٧) كتاب: الصيد، باب: أكل كل ذى ناب من السباع، حديث (٣٢٣٣)، والبيهقى (٩/ ٣١٥) كتاب: الضحايا، باب: ما يحرم من جهة ما لا تأكل العرب، بلفظ «أكل كل ذى ناب من السباع حرام».

أما حديث جابر بن عبد الله قال: «حرم رسول الله ﷺ يوم خيبر الحمر الإنسية، ولحوم البغال، وكل ذى ناب من السباع، وذى مخلب من الطير».

أخرجه أحمد (٣/ ٣٢٣)، والترمذى (٤/ ٧٣) كتاب: الأطعمة، باب: ما جاء فى كراهية كل ذى ناب وذى مخلب، حديث (١٤٧٨)، والبزار، والطبرانى فى الأوسط كما فى مجمع الزوائد (٥/ ٤٧).

وقال الترمذى: حسن غريب.

(١) سقط فى ط

وهى دويبة معروفة يدحرج القذر.

وأما الديدان فبكسر الدال الأولى، هى جمع دود كعود وعيدان وواحده: الدود.

وأما حمار قبان فدويبة معروفة كثيرة الأرجل وهى فعلان لا ينصرف لا معرفة ولا نكرة، والله تعالى أعلم.

أما الأحكام: فقال الشافعى: «يحرم أكل كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير للحديث».

قالوا: والمراد بذى الناب: ما يتقوى بنابه ويعدو على الحيوان كما ذكره المصنف، فمن ذلك الأسد والفهد والنمر والذئب والدب والقرد والفيل والببر - بباءين موحدتين الأولى مفتوحة والثانية ساكنة - وهو حيوان معروف يعادى الأسد، ويقال له أيضا الفرانق - بضم الفاء وكسر النون - فكل هذه المذكورات حرام بلا خلاف عندنا إلا وجها شاذا فى الفيل خاصة أنه حلال، حكاه الرافعى عن الإمام أبى عبد الله البوشنجى من أصحابنا، وزعم أنه لا يعدو من الفيلة إلا العجل المغتلم كالإبل.

والصحيح المشهور تحريمه.

وأما ابن آوى وابن مقرض ففيهما وجهان: أصحهما: تحريمهما وبه قطع المراوزة.

وفى سنور البر وجهان:

الأصح: تحريمه.

وقال الخضرى: حلال.

وأما الحشرات فكلها مستخبثة وكلها محرمة سواء(١) ما يدرج منها وما يطير.

فمنها: ذوات السموم والإبر؛ كالحية والعقرب والزنبور.

ومنها: الوزغ وأنواعه؛ كحرباء الظهيرة والعظاء وهى ملساء تشبه سام أبرص، وهى أخس منه واحدتها عظاة وعظاية؛ فكل هذا حرام.

ويحرم النمل والذر والفأرة والذباب والخنفساء والقراد والجعلان وبنات وردان وحمار قبان والديدان إلا دود الجبن والخل والباقلا والفواكه، ونحوها من المأكول

---

(١) فى ط: سوى.

الذى يتولد منه[١] الدود، ففى حل أكل هذا الدود ثلاثة أوجه سبقت فى باب المياه:

أحدها: يحل.

والثاني: لا.

وأصحها: يحل أكله مع ما تولد منه لا منفردا.

ويحرم اللحكاء وهى بضم اللام وفتح الحاء المهملة وبالمد، وهى دويبة تغوص فى الرمل إذا رأت إنسانا.

قال أصحابنا: ويستثنى من الحشرات اليربوع والضب فإنهما حلالان كما سبق مع دخولهما فى اسم الحشرات، وكذا أم حبين فإنها حلال على أصح الوجهين.

قالوا: ويستثنى من ذوات الإبر الجراد، فإنه حلال قطعا وكذا القنفذ على الصحيح كما سبق، وأما الصرارة فحرام على أصح الوجهين كالخنفساء. والله سبحانه أعلم.

فرع: فى مذاهب العلماء فى حشرات الأرض كالحيات والعقارب والجعلان وبنات وردان والفأرة ونحوها.

مذهبنا أنها حرام، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وداود.

وقال مالك: حلال؛ لقوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٖ يَطۡعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيۡتَةً﴾ [الأنعام: ١٤٥] الآية، «وبِحَدِيثِ التِّلِب بِتَاءٍ مُثَنَّاةٍ فَوْقُ مَفْتُوحَةٍ ثُمَّ لَامٍ مَكْسُورَةٍ ثُمَّ بَاءٍ مُوَحَّدَةٍ الصَّحَابِى - رضى الله عنه - قَالَ: صَحِبْتُ النَّبِى ﷺ فَلَمْ أَسْمَعْ لِحَشَرَةِ الْأَرْضِ تَحْرِيمًا» رواه أبو داود[٢].

واحتج الشافعى والأصحاب بقوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيۡهِمُ ٱلۡخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧] وهذا مما يستخبثه العرب.

وبقوله ﷺ: «خَمْسٌ مِنَ الدَّوَابِّ كُلُّهُنَّ فَاسِقٌ، يُقْتَلْنَ فِى الْحَرَمِ: الْغُرَابُ وَالْحِدَأَةُ وَالْعَقْرَبُ وَالْفَأْرَةُ وَالْكَلْبُ الْعَقُورُ» رواه الْبُخَارِى وَمُسْلِمٌ مِنْ رِوَايَةِ عَائِشَةَ وَحَفْصَةَ وَابْنِ عُمَرَ[٣].

---

(١) فى أ: فيه.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٧٩٨)، ومن طريقه البيهقى (٩/ ٣٢٦) من طريق ملقام بن كلب... عن أبيه به. وملقام مستور كما فى التقريب

(٣) ورد هذا الحديث عن ابن عمر وعائشة وحفصة وأبى سعيد الخدرى وابن عباس وأبى رافع وأبى هريرة.

=

....

= أما حديث ابن عمر فله طرق:

فأخرجه مسلم (٢/ ٨٥٨) كتاب: الحج، باب: ما يندب للمحرم وغيره قتله من الدواب فى الحل والحرم حديث (٧٢، ٧٦/ ١١٩٩)، وأبو داود (٢/ ٤٢٤) كتاب: المناسك، باب: ما يقتل المحرم من الدواب حديث (١٨٤٦)، والنسائى (٥/ ١٩٠) كتاب: الحج، باب: قتل الغراب، وأحمد (٢/ ٨)، وابن الجارود رقم (٤٤٠)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٢/ ١٦٥)، والبيهقى (٥/ ٢٠٩) كتاب الحج: باب ما للمحرم قتله من دواب البر فى الحل والحرم، والحميدى (٢/ ٢٠٧٩) رقم (٦١٩)، والخطيب فى تاريخ بغداد (٤/ ٢٩٢ - ٢٩٣)، وأبو يعلى (٩/ ٣١١) رقم (٥٤٢٨) من طريق الزهرى عن سالم عن أبيه مرفوعًا.

وأخرجه مالك (١/ ٣٥٦) كتاب: الحج، باب: ما يقتل المحرم من الدواب، حديث (٨٨)، والشافعى فى المسند (١/ ٣١٩) كتاب: الحج، باب: فيما يباح للمحرم (٧٣٥)، والبخارى (٦/ ٣٥٥) كتاب: بدء الخلق: باب إذا وقع الذباب فى شراب أحدكم (٣٣١٥)، ومسلم (٢/ ٨٥٨) كتاب: الحج، باب: ما يندب للمحرم وغيره قتله من الدواب فى الحل والحرم حديث (٧٦/ ١١٩٩)، والنسائى (٥/ ١٨٧ - ١٨٨) كتاب: الحج، باب: ما يقتل المحرم من الدواب، وابن ماجه (٢/ ١٠٣١) كتاب: المناسك، باب: ما يقتل المحرم حديث (٣٠٨٨)، والدارمى (٢/ ٣٦) كتاب: المناسك، باب: ما يقتل المحرم فى إحرامه، وأحمد (٢/ ٣٢، ٤٨، ٦٥)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٢/ ١٦٥ - ١٦٦)، وأبو نعيم فى الحلية (٩/ ٢٣٠ - ٢٣١)، والبيهقى (٥/ ٢٠٩)، والخطيب (١٠/ ٢٩٣)، والبغوى فى شرح السنة (٤/ ١٥٩) من طريق نافع عن ابن عمر به مرفوعًا.

وأخرجه البخارى (٦/ ٤٠٩) كتاب: بدء الخلق، باب: إذا وقع الذباب فى «شراب أحدكم...» حديث (٣٣١٥)، ومسلم (٢/ ٨٥٩) كتاب: الحج، باب: ما يندب للمحرم وغيره قتله من الدواب فى الحل والحرم حديث (٧٩/ ١١٩٩)، ومالك (١/ ٣٥٦ - ٣٥٧) كتاب: الحج، باب: ما يقتل المحرم من الدواب حديث (٨٩)، وأحمد (٢/ ٥٢)، وابن حبان (٣٩٦٩ - الإحسان) من طريق عبد الله بن دينار عن ابن عمر به.

وأخرجه مسلم (٢/ ٨٥٩) كتاب: الحج حديث (٧٨/ ١١٩٩)، وأحمد (٢/ ٣٢) من طريق محمد بن إسحق عن نافع وعبيد الله بن عبد الله بن عمر عن عبد الله بن عمر به.

حديث عائشة:

أخرجه البخارى (٦/ ٤٠٨ - ٤٠٩) كتاب: بدء الخلق، باب: إذا وقع الذباب فى شراب أحدكم.. حديث (٣٣١٤)، ومسلم (٢/ ٨٥٧) كتاب: الحج، باب: ما يندب للمحرم وغيره قتله من الدواب فى الحل والحرم حديث (٦٨/ ١١٩٨)، والترمذى (٣/ ٤٨٧ - تحفة) كتاب: الحج، باب: ما جاء ما يقتل المحرم من الدواب حديث (٨٣٩)، والنسائى (٥/ ١٨٨) كتاب: الحج، باب: ما يقتل فى الحرم من الدواب، والدارمى (٢/ ٣٦ - ٣٧) كتاب: الحج، باب: ما يقتل المحرم فى إحرامه، والدارقطنى (٢/ ٢٣١) رقم (٦٥)، وعبد الرزاق (٨٣٧٤)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٢/ =

....

= ١٦٦)، والبيهقى (٥/ ٢٠٩) كتاب: الحج، باب: ما للمحرم قتله من دواب البر فى الحل والحرم، وأبو يعلى (٧/ ٤٧٨ - ٤٧٩) رقم (٤٥٠٣)، وابن حبان (٣٩٧١ - الاحسان)، والخطيب فى تاريخ بغداد (٨/ ٢٧١ - ٢٧٢) من طريق عروة بن الزبير عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «خمس فواسق يقتلن فى الحرم: الفأرة والعقرب والحدأة والغراب والكلب العقور».

وقال الترمذى: حسن صحيح.

وأخرجه مسلم (٢/ ٨٥٦) كتاب: الحج، باب: ما يندب للمحرم وغيره قتله من الدواب فى الحل والحرم، حديث (٦٧/ ١١٩٨)، والنسائى (٥/ ٢٠٨) كتاب: المناسك، باب: قتل الحية، وابن ماجه ٢/ ١٠٣١) كتاب: المناسك، باب: ما يقتل المحرم حديث (٣٠٨٧)، والطيالسى (١/ ٢١٤ - منحة) رقم (١٠٣٣)، وأحمد (٦/ ٩٧)، والبيهقى (٥/ ٢٠٩) كتاب: الحج، باب: ما للمحرم قتله من دواب البر فى الحل والحرم، وابن خزيمة (٤/ ١٩١) رقم (٢٦٦٩) من طريق قتادة عن سعيد بن المسيب عن عائشة به مرفوعًا.

ووقع عند مسلم الحية بدل العقرب وفيه - أيضًا - الغراب الأبقع لكن وقع عند الطيالسى العقرب وليس فيه ذكر الحية.

وأخرجه مسلم (٢/ ٨٥٦) كتاب: الحج، باب: ما يندب للمحرم وغيره قتله من الدواب فى الحل والحرم (٦٦/ ١١٩٨)، والبيهقى (٥/ ٢٠٩) من طريق ابن وهب أخبرنى مخرمة بن بكير عن أبيه قال: سمعت عبيد الله بن مقسم يقول: سمعت القاسم بن محمد يقول: سمعت عائشة زوج النبى ﷺ تقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «أربع كلهن فاسق يقتلن فى الحل والحرم: الحدأة والغراب والفأرة والكلب العقور».

حديث حفصة:

أخرجه البخارى (٤/ ٤٢) كتاب: جزاء الصيد، باب: ما يقتل المحرم من الدواب حديث (١٨٢٨)، ومسلم (٢/ ٨٥٨) كتاب: الحج، باب: ما يندب للمحرم وغيره قتله من الدواب فى الحل والحرم (٧٣/ ١٢٠٠)، والنسائى (٥/ ٢١٠) كتاب: المناسك، باب: قتل الفأرة فى الحرم من طريق الزهرى عن سالم عن أبيه عن حفصة قالت: قال رسول الله ﷺ: «خمس من الدواب لا حرج على من قتلهن الغراب والحدأة والفأرة والعقرب والكلب العقور».

وأخرجه البخارى (٤/ ٤٢) رقم (١٨٢٧)، ومسلم (٢/ ٨٥٨) رقم (٧٤/ ١٢٠٠)، وأحمد (٦/ ٢٨٥) من طريق زيد بن جبير أن رجلاً سأل ابن عمر ما يقتل المحرم من الدواب فقال: أخبرتنى إحدى نسوة رسول الله ﷺ... فذكره.

حديث أبى هريرة:

أخرجه أبو داود (٢/ ٤٢٤ - ٤٢٥) كتاب: المناسك، باب: ما يقتل المحرم من الدواب (١٧٤٧)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٢/ ١٦٣)، والبيهقى (٥/ ٢١٠) كتاب: الحج، باب: ما للمحرم قتله من دواب البر فى الحل والحرم من طريق محمد بن عجلان عن القعقاع بن حكيم عن أبى صالح عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «خمس قتلهن حلال فى الحرم الحية والعقرب والحدأة والفأر والكلب العقور». =

. . . .

= وصححه ابن خزيمة (٤/ ١٩٠) رقم (٢٦٦٦).

تنبيه: وقع الذئب فى رواية من روايات الحديث عن أبى هريرة.

أخرجه الطحاوى (٢/ ١٦٣)، وابن خزيمة (٤/ ١٩٠) من طريق ابن أبى مريم ثنا يحيى ابن أيوب عن محمد بن عجلان عن القعقاع بن حكم عن أبى صالح عن أبى هريرة به إلا أنه قال فى حديثه والحية والذئب والنمر والكلب العقور».

قال ابن خزيمة: قال ابن يحيى - وهو محمد شيخ ابن خزيمة - كأنه يفسر الكلب العقور يقول: من الكلب العقور الحية والذئب والنمر.

قلت: وقد رده ابن خزيمة رحمه الله فقال: هذه اللفظة التى قالها محمد بن يحيى فى تفسير الكلب العقور، وذكر الحية يشبه أن يكون سبقه لسانه إلى هذا، ليست الحية من الكلب فى شىء ولا يقع اسم الكلب على الحية فأما النمر والذئب فاسم الكلب واقع عليهما، وفى خبر حاتم بن إسماعيل بيان أن النبى ﷺ قد فرق بين الحية والكلب العقور، فكيف يكون معنى قوله فى هذا الخبر الكلب العقور يريد الحية إنها تقع اسم الكلب عليها.

حديث أبى سعيد الخدرى:

أخرجه أحمد (٣/ ٣)، وأبو داود (٢/ ٤٢٥) كتاب: المناسك: باب ما يقتل المحرم من الدواب حديث (١٨٤٨)، والترمذى (٣/ ٤٨٨ - تحفة) كتاب: الحج، باب: ما جاء ما يقتل المحرم من الدواب (٨٤٠)، وابن ماجه (٢/ ١٠٣٢) كتاب: المناسك، باب: ما يقتل المحرم (٣٠٨٩)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٢/ ١٦٦ - ١٦٧)، والبيهقى (٥/ ٢١٠)، وأبو يعلى (٢/ ٣٩٦) رقم (١١٧٠) من طريق يزيد بن أبى زياد عن عبد الرحمن بن أبى نعم عن أبى سعيد عن النبى ﷺ قال: «يقتل المحرم الحية والعقرب والسبع العادى والكلب العقور والفأرة والفويسقة».

ولفظ الترمذى: «يقتل المحرم السبع العادى والكلب العقور والفأرة والحدأة والغراب».

وعند أبى داود: الحية والعقرب والفويسقة ويرمى الغراب ولا يقتله والكلب العقور.

وزاد أحمد وابن ماجه وأبو يعلى: قلت ما الفويسقة قال: الفأرة قلت: وما شأن الفأرة؟ قال: إن النبى ﷺ استيقظ وقد أخذت الفتيلة وصعدت بها إلى السقف لتحرق عليه.

قلت: ومن أجل هذه الزيادة فقد أورد الحافظان البوصيرى والهيثمى هذا الحديث الأول فى زوائد ابن ماجه، والثانى فى مجمع الزوائد.

قال البوصيرى فى الزوائد (٣/ ٤٠): هذا إسناد ضعيف يزيد بن أبى زياد ضعيف، وإن أخرج له مسلم فإنما أخرج له مقرونًا بغيره ومع ضعفه اختلط بآخره وقال الهيثمى فى مجمع الزوائد (٨/ ١١٥): رواه أبو يعلى وفيه يزيد بن أبى زياد وهو لين الحديث وبقية رجاله رجال الصحيح.

حديث ابن عباس:

أخرجه أحمد (١/ ٢٥٧)، والبزار (٢/ ١٦ - كشف) رقم (١٠٩٧)، وأبو يعلى (٤/ ٣١٧) رقم (٢٤٢٨) من طريق ليث بن أبى سليم عن طاوس عن ابن عباس عن النبى ﷺ قال: «خمس يقتلهن المحرم: الحدأة والفأرة والعقرب والغراب والكلب العقور». =

وَعَنْ أُمِّ شَرِيكٍ «أَنَّ النَّبِى ﷺ أَمَرَ بِقَتْلِ الْأَوْزَاغِ» رواه البخارى ومسلم[(١)].

= والحديث ذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد (٣/ ٢٣١)، وقال: رواه أحمد وأبو يعلى والبزار والطبرانى فى الكبير والأوسط وفيه ليث بن أبى سليم وهو ثقة ولكنه مدلس. أ. هـ.

وللحديث طريق آخر عن ابن عباس:

أخرجه أحمد (١/ ٢٥٧) من طريق عثمان ثنا جرير عن حصين بن عبد الرحمن عن عكرمة عن ابن عباس به.

حديث أبى رافع:

أخرجه البزار (٢/ ١٥ - ١٦ - كشف) رقم (١٠٩٦) ثنا غسان بن عبد الله ثنا يوسف بن نافع ثنا عبد الرحمن بن أبى الموال عن عبيد الله بن أبى رافع عن أبيه قال: بينا رسول الله ﷺ فى صلاته، إذ ضرب شيئا فى صلاته، فإذا هى عقرب فضربها فقتلها وأمر بقتل العقرب والحية والفأرة والحدأة للمحرم.

والحديث ذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد (٣/ ٢٣٢)، وقال: رواه البزار وفيه يوسف بن نافع ذكره ابن أبى حاتم، ولم يخرجه ولم يوثقه وذكره ابن حبان فى الثقات.

(١) أما الأمر بقتلها ورد من حديث أم شريك، وأبى هريرة، وسعد بن أبى وقاص، وعبد الله بن مسعود.

حديث أم شريك:

أخرجه البخارى (٦/ ٣٥١) كتاب: بدء الخلق، باب: خير مال المسلم غنم يتبع بها شغف الجبال (٣٣٠٧)، ومسلم (٤/ ١٧٥٧) كتاب: السلام، باب: استحباب قتل الوزغ، حديث (١٤٢/ ٢٢٣٧)، والنسائى (٥/ ٢٠٩) كتاب: الحج، باب: قتل الوزغ، والبيهقى (٥/ ٢١١) كتاب: الحج، باب: ما للمحرم قتله من دواب البر فى الحل والحرم، وأحمد (٦/ ٤٢١)، وعنها «أن النبى ﷺ أمرها بقتل الأوزاغ».

حديث أبى هريرة:

أخرجه مسلم (٤/ ١٧٥٨) كتاب: السلام، باب: استحباب قتل الوزغ، حديث (١٤٦/ ٢٢٤٠)، وأبو داود (٥/ ٤١٦) كتاب: الأدب، باب: فى قتل الأوزاغ، حديث (٥٢٦٣)، والترمذى (٤/ ٧٦) كتاب: الأحكام والفوائد، باب: ما جاء فى قتل الوزغ، حديث (١٤٨٢)، وابن ماجه (٢/ ١٠٧٦) كتاب: الصيد، باب: قتل الوزغ، حديث (٣٢٢)، وأحمد (٢/ ٣٥٥)، وعنه قال: قال رسول الله ﷺ «من قتل وزغة فى أول ضربة فله كذا وكذا حسنة، ومن قتلها فى الضربة الثانية فله كذا وكذا حسنة لدون الأولى، ومن قتلها فى الضربة الثالثة فله كذا وكذا حسنة لدون الثانية».

حديث ابن مسعود:

أخرجه أحمد (١/ ٤٢٠)، وحدثنا أسباط ثنا الشيبانى عن المسيب بن رافع، عن ابن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «من قتل حية فله سبع حسنات، ومن قتل وزغا فله حسنة، ومن ترك حية مخافة عاقبتها فليس منا».

وصححه ابن حبان موارد)، ورواه أيضا الطبرانى فى الكبير (١٠/ ٢٥٨) رقم (١٠٤٩٢).

والحديث فيه انقطاع بين المسيب بن رافع وابن مسعود. =

وأما قوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا﴾ [الأنعام: ١٤٥] الآية، فقال الشافعى وغيره من العلماء: معناها: مما كنتم تأكلون وتستطيبون.

قال الشافعى: وهذا أولى معانى الآية استدلالا بالسنة. والله أعلم.

وأما حديث التلب، فإن ثبت لم يكن فيه دليل؛ لأن قوله: لم أسمع - لا يدل على عدم سماع غيره، والله أعلم.

فرع: فى مذاهبهم فى أكل السباع التى تتقوى بالناب كالأسد والنمر والذئب وأشباهها.

قد ذكرنا أن مذهبنا أنها حرام، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وداود والجمهور.

وقال مالك: تكره ولا تحرم واحتج بقوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُۥ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ﴾ [الأنعام: ١٤٥].

واحتج أصحابنا بالأحاديث الصحيحة من رواية ابن عباس وغيره فى النهى عن كل ذى ناب من السباع[١]، وفى رواية مسلم التى قدمناها: «كُلُّ ذِى نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ فَأَكْلُهُ حَرَامٌ»[٢].

وأجابوا عن الآية الكريمة بأنه أمر أن يخبر بأنه لا يجد محرما فى ذلك الوقت إلا هذا، ثم ورد وحى آخر بتحريم السباع فأخبر به، والآية مكية والأحاديث مدنية، ولأن الحديث مخصص للآية، والله سبحانه أعلم.

فرع: فى أنواع اختلف السلف فيها:

منها: القرد: هو حرام عندنا وبه قال عطاء وعكرمة ومجاهد ومكحول والحسن وابن حبيب المالكى.

وقال مالك[٣] وجمهور أصحابه: ليس بحرام.

= قال العلائى فى جامع التحصيل (ص - ٢٨٠): المسيب بن رافع قال أحمد بن حنبل: لم يسمع من عبد الله بن مسعود شيئًا.

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) قال في التاج والإكليل (٤/ ٣٦١): قال الباجي: الأظهر عندي من مذهب مالك وأصحابه أنه ليس بحرام.

ومنها: الفيل: وهو حرام عندنا وعند أبى حنيفة[١] والكوفيين والحسن، وأباحه الشعبى وابن شهاب ومالك فى رواية.

حجة الأولين: أنه ذو ناب.

ومنها: الأرنب وهو حلال عندنا، وعند العلماء كافة إلا ما حكى عن ابن عمرو ابن العاص وابن أبى ليلى أنهما كرهاها.

دليلنا[٢] الأحاديث السابقة فى إباحتها ولم يثبت فى النهى عنها شىء.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وأما الطائر فإنه يحل منه النعامة؛ لقوله تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ﴾ [الأعراف: ١٥٧] وقضت الصحابة رضى الله عنهم فيها ببدنة، فدل على أنها صيد مأكول.

ويحل الديك والدجاج والحمام والدراج والقبج والقطا والبط والكراكى والعصفور والقنابر؛ لقوله تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ﴾ وهذه كلها مستطابة.

وروى أبو موسى الأشعرى - رضى الله عنه - قال: «رَأَيْتُ النَّبِى ﷺ يَأْكُلُ لَحْمَ الدَّجَاجِ»، وروى سَفِينَةُ رضى الله عنه [مَوْلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ][٣] قَالَ: «أَكَلْتُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لَحْمَ حُبَارَى».

ويحل أكل الجراد؛ لما روى عبد الله بن أبى أوفى - رضى الله عنهما - قال: «غَزَوْتُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ سَبعَ غَزَوَاتٍ يَأْكُلُ الْجَرَادَ وَنَأْكُلُهُ».

ويَحْرُمُ أَكْلُ الْهُدْهُدِ وَالْخُطَّافِ؛ «لِأَنَّ النَّبِى ﷺ نَهَى عَنْ قَتْلِهِمَا»، وما يؤكل لا ينهى عن قتله.

ويحرم ما يصطاد ويتقوى بالمخلب كالصقر والبازى؛ لحديث ابن عباس رضى الله عنهما: «أَنَّ النَّبِى ﷺ نَهَى عَنْ أَكْلِ كُلِّ ذِى نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ وَأَكْلِ كُلِّ ذِى مِخْلَبٍ مِنَ الطَّيْرِ».

ويحرم أكل الحدأة والغراب الأبقع؛ لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى ﷺ

---

(١) قال فى الجوهرة (٢/ ١٨٤): (ولا يجوز أكل كل ذى ناب من السباع ولا ذى مخلب من الطير) المراد من ذى الناب أن يكون له ناب يصطاد به وكذا من ذى المخلب وإلا فالحمامة لها مخلب، والبعير له ناب وذلك لا تأثير له فذو الناب من السباع الأسد، والنمر، والفهد، والذئب، والضبع، والثعلب، والكلب، والسنور البرى، والأهلى، والفيل، والقرد.

(٢) فى ط: دلت لنا.

(٣) سقط فى أ.

قال: «خَمسٌ يُقتَلنَ فِى الحِلِّ وَالحَرَمِ: الحَيَّةُ وَالفَأرَةُ وَالغُرَابُ الأَبقَعُ وَالحِدَأَةُ وَالكَلبُ العَقُورُ»، ومَا أَمَرَ بِقَتلِهِ لَا يَحِلُّ أَكْلُهُ[(١)] قَالَت عَائِشَةُ رضى الله عنها: «إِنِّى لأَعجَبُ مِمَّنْ يَأكُلُ الغُرَابَ، وَقَدْ أَذِنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِى قَتلِهِ».

ويحرم الغراب الأسود الكبير؛ لأنه مستخبث يأكل الجيف فهو كالأبقع.

وفى الغداف وغراب الزرع وجهان:

أحدهما: لا يحل؛ للخبر.

والثانى: يحل؛ لأنه مستطاب يلقط الحب فهو كالحمام والدجاج.

ويحرم حشرات الطير كالنحل والزنبور والذباب؛ لقوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧] وهذه من الخبائث.

الشرح: حديث أبى موسى رواه البخارى ومسلم[(٢)] وحديث سفينة رواه أبو داود والترمذى بإسناد ضعيف[(٣)]، وقال الترمذى: هو غريب لا يعرف إلا من هذا الوجه

وحديث عبد الله بن أبى أوفى رواه البخارى ومسلم ولفظه: «غَزَوْتُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ سَبْعَ غَزَوَاتٍ نَأْكُلُ مَعَهُ الْجَرَادَ»[(٤)].

وأما حديث النهى عن قتل الهدهد فرواه عبيد الله بن عبد الله عن ابن عباس أن النبى ﷺ: «نَهَى عَنْ قَتْلِ أَرْبَعٍ مِنَ الدَّوَابِّ: النَّمْلَةِ وَالنَّحْلَةِ وَالْهُدْهُدِ وَالصُّرَدِ»[(٥)] رواه أبو داود بإسناد صحيح على شرط البخارى ومسلم ذكره فى آخر كتابه، ورواه

---

(١) فى أ: لا يؤكل.

(٢) أخرجه البخارى (١١/ ٧٧) فى كتاب الذبائح والصيد باب لحم الدجاج (٥٥١٧)، ومسلم (٣/ ١٢٧٠) فى كتاب الأيمان باب ندب من حلف يمينًا (٩/ ١٦٤٩).

(٣) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٨١) فى كتاب الأطعمة باب فى أكل لحم الحُبَارَى (٣٧٩٧)، والترمذى (٣/ ٤١٣) فى باب ما جاء فى أكل الحبارى (١٨٢٨)، وقال غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه.

(٤) أخرجه البخارى (٩/ ٦٢٠)، كتاب الذبائح والصيد: باب أكل الجراد (٥٤٩٥)، ومسلم (٣/ ١٥٤٦)، كتاب الصيد والذبائح: باب إباحة الجراد (٥٢/ ١٩٥٢).

(٥) أخرجه أبو داود (٥/ ٤١٨ - ٤١٩) كتاب: الأدب، باب: فى قتل الذر، حديث (٥٢٦٧)، وابن ماجه (٢/ ١٠٧٤) كتاب: الصيد، باب: ما ينهى عن قتله، حديث (٣٢٢٤)، وعبد الرزاق (٤/ ٤٥١) رقم (٨٤١٥)، وأحمد (١/ ٣٣٢، ٣٤٧)، والدارمى (٢/ ٨٨ - ٨٩) كتاب: الأضاحى، باب: النهى عن قتل الضفادع والنحلة، وابن حبان (١٠٧٨ - موارد)، والبيهقى (٩/ ٣١٧) كتاب: الضحايا، باب: ما يحرم من جهة ما لا تأكل العرب.

ابن ماجه فى كتاب الصيد بإسناده على شرط البخارى[(١)].

وأما النهى عن قتل الخطاف فهو ضعيف ومرسل، رواه البيهقى بإسناده عن أبى الحويرث عبد الرحمن بن معاوية، وهو من تابعى التابعين أو من التابعين عن النبى ﷺ: «أَنَّهُ نَهَى عَنْ قَتْلِ الْخَطَاطِيفِ وَقَالَ: لَا تَقْتُلُوا هَذِهِ الْعُوذَ إِنَّهَا تَعُوذُ بِكُمْ مِنْ غَيْرِكُمْ» قال البيهقى: هذا منقطع[(٢)] قال: وروى حمزة النصيبى فيه حديثا مسندا إلا أنه كان يرمى بالوضع.

وصح عن عبد الله بن عمرو بن العاص موقوفا عليه أنه قال: «لَا تَقْتُلُوا الضَّفَادِعَ؛ فَإِنَّ نَقِيقَهَا تَسْبِيحٌ، وَلَا تَقْتُلُوا الْخُفَّاشَ؛ فَإِنَّهُ لَمَّا خَرِبَ بَيْتُ الْمَقْدِسِ قَالَ: يَا رَبِّ سَلِّطْنِى عَلَى الْبَحْرِ حَتَّى أُغْرِقَهُمْ» قال البيهقى: إسناد صحيح[(٣)].

وأما حديث ابن عباس فرواه البخارى ومسلم وسبق بيان طرقه وشرحه فى الفصل الذى قبل هذا.

وأما حديث عائشة: «خَمْسٌ يُقْتَلْنَ فِى الْحِلِّ وَالْحَرَمِ إِلَى آخِرِهِ» فصحيح رواه البخارى ومسلم وسبق قريبا.

وأما حديث عائشة: «إِنِّى لأَعْجَبُ مِمَّنْ يَأْكُلُ الْغُرَابَ إِلَى آخِرِهِ» فرواه البيهقى بإسناد صحيح[(٤)] إلا أن فيه عبد الله بن أبى أويس وقد ضعفه الأكثرون ووثقه بعضهم وروى له مسلم فى صحيحه.

أما ألفاظ الفصل فقوله: «وأما الطائر» هكذا هو فى النسخ، والأجود أن يقول: وأما الطير؛ لأن الطير جمع، والطائر مفرد، وقد سبق بيانه أول الباب.

والنعامة - بفتح النون - قال الجوهرى: يذكر ويؤنث، والنعام اسم جنس كحمامة وحمام.

وأما الديك، فهو ذكر الدجاج جمعه ديوك وديكة، والدجاجة - بفتح الدال -

---

(١) أخرجه أحمد (١/ ٣٣٢و٣٤٧)، وعبد بن حميد (٦٥١)، وأبو داود (٢/ ٧٨٩) فى كتاب الأدب باب فى قتل الذَّر (٥٢٦٦)، وابن ماجة (٤/ ٦١٥) فى كتاب الصيد باب ما ينهى عن قتله (٣٢٢٤)، وابن حبان (٥٦٤٦)، والبيهقى (٩/ ٣١٧).

(٢) أخرجه البيهقى فى السنن (٩/ ٣١٨) فى كتاب الضحايا باب جماع أبواب ما يحل ويحرم من الحيوانات.

(٣) أخرجه البيهقى ٩/ ٣١٨

(٤) أخرجه البيهقى (٩/ ٣١٧) كتاب الضحايا: باب ما يحرم من جهة ما لا تأكل العرب.

وكسرها لغتان، والفتح أفصح باتفاقهم - الواحد دجاجة يقع على الذكر والأنثى، وجمع المصنف بين الديك والدجاج هو من باب ذكر العام بعد الخاص، وهو جائز، ومنه قوله تعالى: ﴿رَّبِّ ٱغْفِرْ لِى وَلِوَٰلِدَىَّ وَلِمَن دَخَلَ بَيْتِىَ مُؤْمِنًا وَلِلْمُؤْمِنِينَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾ [نوح: ٢٨] وقوله تعالى: ﴿إِنَّ صَلَاتِى وَنُسُكِى﴾ [الأنعام: ١٦٢].

وأما القبج: فبفتح القاف وإسكان الباء الموحدة وبالجيم، وهو الحجل المعروف.

قال الجوهرى: هو فارسى معرب؛ لأن القاف والجيم لا يجتمعان فى كلمة واحدة من كلام العرب، قال: والقبجة تقع على الذكر والأنثى حتى تقول: يعقوب، فيختص بالذكر؛ لأن الهاء إنما دخلته على أنه الواحد من الجنس، وكذلك النعامة حتى تقول: ظليم، والنحلة حتى تقول: يعسوب، والدراجة حتى تقول: حيقطان، والبومة حتى تقول: صدى أو فياد، والحبارى حتى تقول: خرب ومثله كثير.

هذا آخر كلام الجوهرى.

وأما القنابر: فبقاف مفتوحة ثم نون ثم ألف ثم باء موحدة ثم راء جمع قبرة بضم القاف وتشديد الباء الموحدة. قال الجوهرى: وقد جاء فى الشعر قنبرة كما تقوله العامة، وهو ضرب من الطير.

وأما الهدهد: فبضم الهاءين وجمعه هداهد ويقال للمفرد: هداهد أيضا.

وأما البازى ففيه ثلاث لغات، المشهور الفصيحة: البازى بتخفيف الياء، والثانية: باز، والثالثة: بازى بتشديد الياء، حكاها ابن مكى وهى غريبة أنكرها الأكثرون.

قال أبو زيد الأنصارى: يقال للبزاة والشواهين وغيرهما مما تصيد: صقور، واحدها صقر، والأنثى صقرة، وقد ينكر على المصنف كونه جعل الصقر قسيما للبازى، مع أنه يتناوله وغيره، كما ذكره أبو زيد.

ويجاب عنه بأنه من باب ذكر الخاص بعد العام؛ كقوله تعالى: ﴿مَن كَانَ عَدُوًّا لِّلَّهِ وَمَلَٰٓئِكَتِهِۦ وَرُسُلِهِۦ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَىٰلَ﴾ [البقرة: ٩٨] ﴿وَإِذْ أَخَذْنَا مِنَ ٱلنَّبِيِّۦنَ مِيثَٰقَهُمْ وَمِنكَ وَمِن نُّوحٍ﴾ [الأحزاب: ٧] الآية.

وأما الحدأة: فبحاء مكسورة ثم دال مفتوحة ثم همزة على وزن عنبة والجماعة حدأ؛ كعنب.

وأما الفأرة: فبالهمز ويجوز تركه.

وأما الغداف: فبغين معجمة مضمومة ثم دال مهملة مخففة وآخره فاء جمع غدفان.

قال ابن فارس: هو الغراب الضخم، وقال الجوهرى: هو غراب القيظ.

وقال العبدرى وغيره من أصحابنا: هو غراب صغير أسود، لونه لون الرماد، والله أعلم.

أما الأحكام ففيها مسائل:

إحداها: اتفق أصحابنا على أنه يحل أكل النعامة والدجاج والكركى والحبارى والحجل والبط والقطا والعصافير والقنابر والدراج والحمام، قال أصحابنا: وكل ذات طوق من الطير فهى داخلة فى الحمام، وهى حلال، فيدخل فيه القمرى والدبس واليمام والفواخت ويحل الورسان وكل ما على شكل العصفور وفى حده فهو حلال، فيدخل فى ذلك الصعوة والزرزور والنغر - بضم النون وفتح الغين المعجمة - والبلبل.

ويحل العندليب والحمرة على المذهب الصحيح، وفيهما وجه ضعيف: أنهما حرام.

وفى الببغاء والطاووس وجهان:

قال البغوى وغيره: أصحهما التحريم.

وأما الشقراق فقطع البغوى بحله والصيمرى بتحريمه.

قال أبو عاصم العبادى: يحرم ملاعب ظله وهو طائر يسبح فى الجو مرارا، كأنه ينصب على طائر.

قال أبو عاصم: والبوم حرام كالرخم قال: والضوع - بضم الضاد المعجمة وفتح الواو بالعين المهملة - حرام على أصح القولين.

قال الرافعى: هذا يقتضى أن الضوع غير البوم، قال: لكن فى صحاح الجوهرى أن الضوع طائر من طير الليل من جنس الهام، وقال المفضل: هو ذكر البوم.

قال الرافعى: فعلى هذا إن كان فى الضوع قول لزم إجراؤه فى البوم؛ لأن الذكر والأنثى من جنس واحد لا يفترقان.

قلت: الأشهر أن الضوع من جنس الهام فلا يلزم اشتراكهما فى الحكم.

قال أبو عاصم: النهاش حرام كالسباع التى تنهش.

قال: واللقاط حلال إلا ما استثناه النص يعنى ذا المخلب.

وقال البوشنجى: اللقاط حلال بلا استثناء.

قال أبو عاصم: وما تقوت بالطاهرات فحلال إلا ما استثناه النص، وما تقوت بالنجس فحرام.

فرع: قال الشافعى والمصنف والأصحاب: يحرم أكل كل ذى مخلب من الطير يتقوى به ويصطاد؛ كالصقر والنسر والبازى والعقاب وغيرها للحديث السابق.

المسألة الثانية: قال الشافعى والأصحاب: ما نهى عن قتله حرم أكله؛ لأنه لو حل أكله لم ينه عن قتله كما [لو] لم ينه عن قتل المأكول، فمن ذلك النمل والنحل فهما حرام، وكذلك الخطاف والصرد والهدهد والثلاثة حرام على المذهب، وفيها وجه ضعيف: أنها مباحة وحكاه البندنيجى فى كتاب الحج قولا، وجزم به فى الصرد والهدهد.

والخفاش حرام قطعا.

قال الرافعى: وقد يجىء فيه الخلاف، واللقلق[1] حرام على أصح الوجهين.

الثالثة: قال أصحابنا: ما أمر بقتله من الحيوان فأكله حرام؛ «لِأَنَّ النَّبِى ﷺ أَمَرَ بِقَتْلِ الْفَوَاسِقِ الْخَمْسِ فِى الْحَرَمِ وَالإِحْرَام» [المائدة: ٩٥] فلو حل أكله لما أمر بقتله مع قول الله تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ٩٥] فمن ذلك الحية والفأرة والحدأة وكل سبع ضار، ويدخل فى هذا الأسد والذئب وغيرهما مما سبق.

قال أصحابنا: وقد يكون للشىء سببان أو أسباب تقتضى تحريمه.

وتحرم البغاثة بفتح الباء الموحدة وتخفيف الغين المعجمة وبالثاء المثلثة فى آخرها، والرخمة كما تحرم الحدأة.

وأما الغراب فهو أنواع:

فمنها: الغراب الأبقع، وهو حرام بلا خلاف للأحاديث الصحيحة.

ومنها: الأسود الكبير، وفيه طريقان:

أصحهما - وبه قطع المصنف وجماعة -: التحريم.

---

(١) فى ط: اللقاف.

والثانى: فيه وجهان:

أصحهما: التحريم.

والثالث: الحل.

وأما غراب الزرع وهو أسود صغير، يقال له: الزاغ، وقد يكون محمر المنقار والرجلين، ففيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما.

أصحهما: أنه حلال.

والأصح أن الغداف حرام.

قال الرافعى: ومن الغربان غراب صغير أسود أو رمادى اللون، وقد يقال [له][١] الغداف الصغير وهو حرام على أصح الوجهين، وكذلك العقعق، والله تعالى أعلم.

الرابعة: يحرم حشرات الطير كالنحل والزنابير والذباب والبعوض وشبهها لما ذكره المصنف.

الخامسة: يحل أكل الجراد بلا خلاف للحديث السابق، وسواء مات بنفسه أو بقتل مسلم أو مجوسى، وسواء قطع رأسه أم لا، ولو قطع بعض جرادة وباقيها حى فوجهان:

أصحهما: يحل المقطوع؛ لأن المقطوع كالميت وميتته حلال.

والثانى: حرام وإنما يباح منه الجملة لحرمتها، والله أعلم.

فرع: قد ذكرنا أن الجراد حلال سواء مات باصطياد مسلم أو مجوسى أو مات حتف أنفه، وبهذا قال أبو حنيفة[٢] وأحمد[٣]، ومحمد بن عبد الحكم والأبهرى

---

(١) سقط فى ط.

(٢) قال فى بدائع الصنائع: إنه لا يحل أكل ما ليس له دم أصلا من الحيوان البرى مثل الجراد والزنبور والذباب والعنكبوت والخنفساء والعقرب ونحو ذلك. ويستثنى الجراد خاصة من عدم حل الأكل أما تحريم ما عدا الجراد فلأن أفراد هذا النوع كلها من الخبائث ولاستبعاد الطبائع السليمة إياها وقد قال الله تبارك وتعالى ﴿ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث﴾ إلا أن الجراد قد خص من هذه الجملة بقول النبى ﷺ «أحلت لنا ميتتان ودمان السمك والجراد والكبد والطحال، فبقى على ظاهر العموم». ينظر بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى (٥/ ٣٦).

(٣) ذكر ابن قدامة أنه يباح أكل الجراد بإجماع أهل العلم فقد قال عبدالله بن أبى أوفى غزونا مع رسول الله ﷺ سبع غزوات نأكل الجراد رواه البخارى وأبو داود.

ولا فرق بين أن يموت بسبب أو بغير سبب فى قول عامة أهل العلم وعن أحمد أنه إذا =

المالكيان وجماهير العلماء من السلف والخلف.

قال العبدرى: وقال مالك[١]: لا يحل إلا إذا مات بسبب، بأن يقطع منه شىء أو يصلق أو يقلى حيا أو يشوى وإن لم يقطف رأسه، قال: فإن مات حتف أنفه أو فى وعاء لم يؤكل، وعن أحمد رواية ضعيفة كمذهب مالك[٢].

واحتج مالك بقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ﴾ [المائدة: ٣] واحتج أصحابنا بحديث ابن أبى أوفى السابق: «غَزَوْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ سَبْعَ غَزَوَاتٍ نَأْكُلُ مَعَهُ الْجَرَادَ»[٣] رواه البخارى ومسلم.

وروى الشافعى عن عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ، أَمَّا الْمَيْتَتَانِ فَالْحُوتُ وَالْجَرَادُ، وَالدَّمَانِ الْكَبِدُ وَالطِّحَالُ»[٤]

= قتله البرد لم يؤكل.

وعنه لا يؤكل إذا مات بغير سبب.

ويدل للقول الأول عموم قول النبى صلى الله عليه وسلم: أحلت لنا ميتتان ودمان فالميتتان السمك والجراد ولم يفصل ولأنه تباح ميتته فلم يعتبر له سبب كالسمك ولأنه لو افتقر إلى سبب لافتقر إلى ذبح وذابح وآلة كبهيمة الأنعام. ينظر المغنى لابن قدامة المقدسى ٨/ ٥٧٢، ٥٧٣

(١) قال في المنتقى (٣/ ١٣٠): في العتبية من رواية أشهب عن مالك لا يجوز صيد المجوسي للجراد إن قتلها بنعله إلا أن تؤخذ منه حية.

(٢) أما مذهب الظاهرية فقد جاء فى المحلى (٧/ ٥٠٥): أن الجراد حلال إذا أخذ ميتا أو حيا سواء بعد ذلك مات فى الظروف أو لم يمت لما روى عن عبدالله بن أبى أوفى أنه قال: غزونا مع رسول الله ﷺ سبع غزوات أو ستا نأكل معه الجراد. والضب حلال لما روى عن عبدالله بن عباس رضى الله تعالى عنهما قال: دخلت أنا وخالد بن الوليد مع رسول الله ﷺ بيت ميمونة فأتى بضب محنوذ فرفع رسول الله ﷺ يده فقلت أحرام هو يا رسول الله؟ قال: لا. ولكنه لم يكن بأرض قومى فأجدنى أعافه. قال خالد: فاجتررته فأكلته ورسول الله ﷺ ينظر.

(٣) تقدم.

(٤) أخرجه الشافعى (٢/ ٣٦٧) (٦٠٨)، وأحمد (٢/ ٩٧)، وعبد بن حميد (٨٢٠)، وابن ماجه (٤/ ٦١١ - ٦١٢) فى كتاب الصيد باب صيد الحيتان والجراد (٣٢١٨و٣٣١٤)، والدارقطنى (٤/ ٢٧٢)، وابن حبان فى المجروحين (٣/ ٥٨)، والبيهقى (١/ ٢٥٤)، (٩/ ٢٥٧)، والبغوى (٢٨٠٣)، وذكره ابن حجر فى تلخيص الحبير (١/ ٣٤ - ٣٥)، وقال رواه الشافعى وأحمد وابن ماجه والدارقطنى والبيهقى من رواية عبد الرحمن بن زيد بن أسلم، عن أبيه، عن ابن عمر: أن رسول الله ﷺ قال: «أحلت لنا ميتتان ودمان، فأما الميتتان: =

قال البيهقى: ورواه سليمان بن بلال عن زيد بن أسلم عن عبد الله بن عمر قال: «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ»، الحديث، قال البيهقى: هذا هو الصحيح.

قلت: معناه أن الصحيح أن القائل: «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ» هو ابن عمر؛ لأن الرواية الأولى ضعيفة جدا؛ لاتفاق الحفاظ على تضعيف عبد الرحمن بن زيد بن أسلم.

قال أحمد بن حنبل: روى حديثا منكرا: «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ» الحديث، يعنى أحمد الرواية الأولى.

وأما الثانية فصحيحة كما ذكره البيهقى، وهذه الثانية هى أيضا مرفوعة؛ لأن قول الصحابى أمرنا بكذا أو نهينا عن كذا أو أحل لنا كذا أو حرم علينا كذا، كله مرفوع إلى النبى ﷺ وهو بمنزلة قوله: «قال رسول الله ﷺ»، وهذه قاعدة معروفة، وسبق بيانها مرات، والله تعالى أعلم.

وهذا الحديث عام، والآية الكريمة التى احتج بها مالك مخصوصة بما ذكرناه، والله أعلم.

وأما حديث سليمان التيمى عن أبى عثمان النهدى عن سلمان الفارسى - رضى الله عنه - قال: «سُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْجَرَادِ فَقَالَ: أَكْثَرُ جُنُودِ اللَّهِ، لَا آكُلُهُ وَلَا أُحَرِّمُهُ»(١) فرواه أبو داود وغيره هكذا بإسناد صحيح.

= فالجراد والحوت، وأم الدمان: فالطحال والكبد».

ورواه الدارقطنى من رواية سليمان بن بلال، عن زيد بن أسلم موقوفا، قال: وهو أصح، وكذا صحح الموقوف: أبو زرعة وأبو حاتم، وعبد الرحمن بن زيد ضعيف، متروك. وقال أحمد: حديثه هذا منكر، وقال البيهقى: رفع هذا الحديث أولاد زيد بن أسلم: عبد الله، وعبد الرحمن، وأسامة، وقد ضعفهم ابن معين، من رواية عبد الله ابن زيد بن أسلم، قال ابن عدى: الحديث يدور على هؤلاء الثلاثة، قلت: تابعهم شحص أضعف منهم، وهو أبو هاشم كثير بن عبد الله الأيلى، وأخرجه ابن مردويه فى تفسير سورة الأنعام من طريقه: عن زيد بن أسلم به، بلفظ: «يحل من الميتة اثنان، ومن الدم اثنان، فأما الميتة: فالسمك والجراد، وأما الدم: فالكبد والطحال» ورواه المسور بن الصلت أيضا، عن زيد بن أسلم، لكنه خالف فى إسناده وقال: عن عطاء، عن أبى سعيد مرفوعا وأخرجه الخطيب وذكره الدارقطنى فى العلل، والمسور كذاب، نعم الرواية الموقوفة التى صححها أبو حاتم وغيره، هى فى حكم المرفوع؛ لأن قول الصحابى: أحل لنا، وحرم علينا كذا، مثل قوله: أمرنا بكذا، ونهينا عن كذا، فيحصل الاستدلال بهذه الرواية؛ لأنها فى معنى المرفوع. والله أعلم.

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٨٥) فى كتاب الأطعمة باب فى أكل الجراد (٣٨١٣)، وقال: رواه

قال أبو داود: ورواه المعتمر بن سليمان عن أبيه عن أبى عثمان عن النبى ﷺ مرسلا.

قال البيهقى: وكذا رواه محمد بن عبد الله الأنصارى عن سليمان التيمى.

قلت: ولا يضر كونه روى مرسلا ومتصلا؛ لأن الذى وصله ثقة وزيادة الثقة مقبولة.

قال البيهقى وأصحابنا: إن صح هذا الحديث كان دليلا على إباحة الجراد أيضا؛ لأنه إذا لم يحرمه فقد أحله، وإنما لم يأكله تقذرا كما قال فى الضب، والله أعلم.

فرع: قد ذكرنا أن مذهبنا تحريم كل ذى ناب من السباع مما يعدو على الحيوان كالأسد والذئب والنمر والفهد والدب، وكذا ما له مخلب من الطير كالبازى والشاهين والعقاب ونحوها وبه قال أبو حنيفة[١] وأحمد[٢] وداود[٣].

= المعتمر عن أبيه عن أبى عثمان عن النبى ﷺ ولم يذكر سلمان، وفى (٣٨١٤)، وقال: رواه حماد بن سلمة عن أبى العوام عن أبى عثمان عن النبى ﷺ ولم يذكر سلمان. وابن ماجه (٤/ ٦١٢) فى كتاب الصيد باب صيد الحيتان والجراد (٣٢١٩).

(١) قال فى بدائع الصنائع: أنه يحرم أكل كل ذى مخلب من الطير كالبازى والباشق والسقر والشاهين والحدأة والنعاب والنسر والعقاب وما أشبه ذلك لأنه يدخل تحت نهى النبى ﷺ عن كل ذى مخلب من الطير وروى أنه ﷺ نهى عن كل ذى خطفة ونهبة ومجثمة وعن كل ذى ناب من الطير.

ويكره الغراب الأسود الكبير لما روى عن عروة عن أبيه أنه سئل عن أكل الغراب فقال: من يأكله بعد ما سماه الله تبارك وتعالى فاسقا عنى بذلك قول رسول الله ﷺ: خمس من الفواسق يقتلهن المحرم فى الحل والحرم، ولأن أغلب أكلها الجيف، فيكره أكلها كالجلالة ولا بأس بغراب الزرع لأنه يأكل الحب والزرع ولا يأكل الجيف هكذا روى بشر بن الوليد عن أبى يوسف رحمه الله تعالى قال سألت أبا حنيفة رحمه الله عن أكل الغراب فرخص فى غراب الزرع وكره الفداف، فسألته عن الأبقع فكره ذلك. وإن كان غرابا يخلط فيأكل الجيف ويأكل الحب لا يكره فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، قال: وإنما يكره من الطير ما لا يأكل إلا الجيف.

ولا بأس بالعقعق لأنه ليس بذى مخلب ولا من الطير الذى لا يأكل إلا الحب كذا روى أبو يوسف أنه قال: سألت أبا حنيفة رحمه الله تعالى فى أكل العقعق فقال: لا بأس به فقلت إنه يأكل الجيف فقال: إنه يخلط، فحصل من قول أبى حنيفة أن ما يخلط من الطيور لا يكره أكله كالدجاج.

وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يكره لأن غالب أكله الجيف، أما ما ليس له مخلب صائد، وليس أغلب أكله الجيف من الطيور ذات الدم السائل فحلال وذلك مثل الدجاج والبط والأوز والحمام - مستأنسا كان أو متوحشا - والفواخت والعصافير والقبج =

. . . .

= والكركى والخطاب والبوم والدبس والصلصل واللقلق والعقعق واللحام والهدهد والصرد والخفاش.

غير أن فى حكم الخفاش قولا مرجوحا بأنه غير مأكول. والهدهد والصرد يكرهان تنزيها.

وأما الدبس والصلصل واللقلق وال-قعق واللحام فلا يستحب أكلها وإن كانت فى الأصل حلالا لما هو شائع بين الناس أن من يأكلها يصاب بآفة. ينظر بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ٥/ ٤٠ .

(٢) قال فى المغنى والشرح الكبير: أنه يحرم أكل ما له مخلب من الطير يصيد به كعقاب وباز وصقر وشاهين وحدأة وبومة، لما روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال نهى رسول الله ﷺ عن كل ذى مخلب من الطير رواه أبو داود وعن خالد ابن الوليد رضى الله تعالى عنه مرفوعا نحوه وما يأكل الجيف كنسر ورخم ولقلق وغراب البين والأبقع لقول النبى ﷺ «خمس فواسق يقتلن فى الحل والحرم: الغراب والحدأة والفأرة والعقرب والكلب العقور»، فهذه الخمس محرمة، لأن النبى ﷺ أباح قتلها فى الحرم ولا يجوز قتل صيد مأكول فى الحرم ولأن ما يؤكل لا يحل قتله إذا قدر عليه وإنما يذبح ويؤكل.

وسئل أحمد عن العقعق فقال: إن لم يكن يأكل الجيف فلا بأس به. قال بعض أصحابنا : هو يأكل الجيف فيكون على هذا محرماً.

وما تستخبثه العرب ذوو اليسار من أهل القرى والأمصار من أهل الحجاز لأنهم هم الذين نزل عليهم الكتاب وخوطبوا به وبالسنة فرجع فى مطلق ألفاظها إلى عرفهم دون غيرهم ولا عبرة بأهل البوادى من الأعراب الجفاة لأنهم للضرورة والمجاعة يأكلون كل ما وجدوه، ولهذا سئل بعضهم عما يأكلون فقال: ما دب ودرج إلا أم حبين فقال: أيهن أم حبين العاقبة تأمن أن تطلب فتؤكل، وأم حبين : الخنافس الكبار.

والذى تستخبثه العرب ذوو اليسار كالقنفذ والدلدل وهو عظيم القنافذ قدر السخلة ويسمى الفيص على ظهره شوك طويل نحو ذراع وخفاش وخشاف وهو الوطواط وهدهد وصرد - كعمر - نوع من الغربان وهو طائر أبقع أبيض البطن أخضر الظهر ضخم الرأس والمنقار يصيد العصافير وصغار الطير وغداف - كغراب - ويقال: هو غراب الغيط، وخطاف، وأخيل وسنوفر وهو نوع من الخطاف وغير ذلك مما أمر الشرع بقتله أو نهى عنه وما لا تعرفه العرب من أمصار الحجاز وقراها ولا ذكر فى الشرع يرد إلى أقرب الأشياء شبها به بالحجاز، فإن لم يشبه شيئا من المحرمات فمباح لدخوله فى عموم قول الله تعالى: ﴿قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه﴾. ينظر المغنى والشرح الكبير لابن قدامة المقدسى ١١/ ٦٨ وينظر كشاف القناع عن متن الاقناع وهامشه ٤/ ١١٣، ١١٤ .

(٣) قال فى المحلى إنه لا يحل أكل شىء من ذوات المخالب من الطير - وهى التى تصيد الصيد بمخالبها ولا الحداء ولا الغراب لما روينا من طريق مسلم عن ابن عمر قال حدثتنى إحدى نسوة النبى ﷺ أنه كان ﷺ يأمر بقتل الكلب العقور والفأرة والعقرب والحديا والغراب =

قال مالك[1]: يكره ولا يحرم.

دليلنا الأحاديث السابقة.

فإن احتجوا بقوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ﴾ [الأنعام: ١٤٥] الآية، فقد سبق جوابها فى مسألة تحريم السباع.

فرع: قد ذكرنا مذهبنا فى غراب الزرع والغداف، وقال بإباحتهما مالك وأبو حنيفة وأحمد، رحمهم الله تعالى.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وما سوى ذلك من الدواب والطيور ينظر فيه، فإن كان مما يستطيبه العرب حل أكله، وإن كان مما لا يستطيبه العرب لم يحل أكله، لقوله عز وجل: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧] ويرجع فى ذلك إلى العرب من أهل الريف والقرى وذوى اليسار والغنى دون الأجلاف من أهل البادية والفقراء وأهل الضرورة، فإن استطاب قوم شيئا واستخبثه قوم رجع إلى ما عليه الأكثر، وإن اتفق فى بلد العجم ما لا يعرفه العرب نظرت إلى ما يشبهها: فإن كان حلالا حل وإن كان حراما حرم، وإن لم يكن له شبيه فيما يحل ولا فيما يحرم ففيه وجهان:

= والحية قال: وفى الصلاة أيضاً.

وأما ذوات المخالب فلما روينا من طريق مسلم عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهم أن رسول الله ﷺ نهى عن كل ذى ناب من السباع وعن كل ذى مخلب من الطير ولا يسمى ذا المخلب عند العرب إلا الصائد بمخلبه وحده.

وأما الديك والعصافير والزرزور والحمام وما لم يصد فلا يسمى شيء منها ذا مخلب فى اللغة. ولا يحل أكل الهدهد ولا الصرد ولا الضفدع لنهى النبى ﷺ عن قتلها.

ويحل أكل النسور والرخم والبلزج والورل والطير كله وكل ما أمكن أن يذكى مما لم يفصل تحريمه وكذلك الخفاش والوطواط والخطاف فقد روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أنه نهى المحرم عن قتل الرخمة وجعل فيها الجزاء. ينظر المحلى لابن حزم الظاهرى ٧/ ٤٧٣، ٤٧٤، ٤٧٥ .

(١) قال فى شرح الخرشى: إن المشهور عند المالكية أن جميع الطير مباح أكله ولو كان ذا مخلب كالباز والعقاب والصقر والرخم ويكره الوطواط على المشهور.

وذكر العدوى فى حاشيته على شرح الخرشى أن مقابل المشهور فيما عدا الوطواط ما رواه ابن أويس عن مالك رحمه الله تعالى أنه قال: لا يؤكل كل ذى مخلب. وظاهر قوله: لا يؤكل : المنع وقاله فى الإكمال وحكى عنه ابن أويس كراهة أكل كل ذى مخلب.

أما مقابل المشهور فى الوطواط فهو الحرمة. ينظر شرح الخرشى ٣/ ٢٦، ٢٧ .

قال أبو إسحاق وأبو على الطبرى: يحل؛ لقوله عز وجل: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ﴾ [الأنعام: ١٤٥] وهذا ليس بواحد منها:

وقال ابن عباس رضى الله عنه ما سكت عنه فهو عفو.

ومن أصحابنا من قال: لا يحرم[١] أكله؛ لأن الأصل فى الحيوان التحريم، فإذا أشكل بقى على الأصل.

الشرح: هذا المذكور عن ابن عباس رواه أبو داود عنه هكذا بإسناد حسن[٢]، ورواه البيهقى مرفوعا عن سلمان الفارسى.

وعن أبى الدرداء عن النبى ﷺ قال: «الْحَلَالُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ فِى كِتَابِهِ وَالْحَرَامُ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فِى كِتَابِهِ وَمَا سَكَتَ عَنْهُ فَهُوَ مِنْ عَفْوِهِ»[٣]

قال أصحابنا: من الأصول المعتبرة فى هذا الباب الاستطابة والاستخباث، ورواه الشافعى - رحمه الله - الأصل الأعظم الأعم ولهذا أفسح الباب، والمعتمد فيه قوله تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧] وقوله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْ ۖ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ﴾ [المائدة: ٤] قال أصحابنا وغيرهم: وليس المراد بالطيب هنا الحلال؛ لأنه لو كان المراد الحلال لكان تقديره أحل لكم الحلال، وليس فيه بيان، وإنما المراد بالطيبات ما يستطيبه العرب، وبالخبائث ما تستخبثه.

قال أصحابنا: ولا يرجع فى ذلك إلى طبقات الناس، وينزل كل قوم على ما يستطيبونه أو يستخبثونه؛ لأنه يؤدى إلى اختلاف الأحكام فى الحلال والحرام واضطرابها، وذلك يخالف قواعد الشرع، قالوا: فيجب اعتبار العرب، فهم أولى الأمم بأن يؤخذ باستطيابهم[٤] واستخباثهم؛ لأنهم المخاطبون أولا، وهم جيل معتدل لا يغلب فيهم الانهماك على المستقذرات ولا العفافة المتولدة من التنعم فيضيقوا المطاعم على الناس.

---

(١) فى ط: لا يحل.
(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٨٢) فى كتاب الأطعمة باب ما لم يذكر تحريمه (٣٨٠٠).
(٣) أخرجه البيهقى (٩/ ٣٢٠)، (١٠/ ١٢) عن سلمان الفارسى وأبى الدرداء مرفوعًا.
(٤) فى أ: باستطابتهم.

قالوا: وإنما يرجع إلى العرب الذين هم سكان القرى والريف دون أجلاف البوادى الذين يأكلون ما دب ودرج من غير تمييز، وتعتبر عادة أهل اليسار والثروة دون المحتاجين، وتعتبر حالة الخصب والرفاهية دون الجدب والشدة.

قال الرافعى: وذكر جماعة أن الاعتبار بعادة العرب الذين كانوا فى عهد رسول الله ﷺ؛ لأن الخطاب لهم، قال: ويشبه أن يقال: يرجع فى كل زمان إلى العرب الموجودين فيه.

قال أصحابنا: فإن استطابته العرب أو سمته باسم حيوان حلال فهو حلال، وإن استخبثته أو سمته باسم محرم فمحرم، فإن استطابته طائفة واستخبثته أخرى اتبعنا الأكثرين فإن استويا: قال الماوردى وأبو الحسن العبادى: يتبع قريش؛ لأنهم قطب العرب.

فإن اختلفت قريش ولا ترجيح أو شكوا ولم يحكموا بشىء أو لم نجدهم ولا غيرهم من العرب، اعتبرناه بأقرب الحيوان به شبها والشبه تارة يكون فى الصورة وتارة فى طبع الحيوان من الصيالة والعدوان، وتارة فى طعم اللحم، فإن استوى الشبهان أو لم نجد ما يشبهه فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما:

أصحهما: الحل.

قال إمام الحرمين: وإليه ميل الشافعى.

والثانى: التحريم.

قال أصحابنا: وإنما يراجع العرب فى حيوان لم يرد فيه نص بتحليل ولا تحريم ولا أمر بقتله ولا نهى عن قتله، فإن وجد شىء من هذه الأصول اعتمدناه ولم نراجعهم، قطعا، فمن ذلك الحشرات وغيرها مما سبق، والله تعالى أعلم.

فرع: إذا وجدنا حيوانا لا معرفة لحكمه من كتاب الله تعالى ولا سنة رسوله[1]، ولا استطابة ولا استخباث ولا غير ذلك من الأصول المعتمدة، وثبت تحريمه فى شرع من قبلنا، فهل يستصحب تحريمه؟ فيه قولان:

الأصح: لا يستصحب، وهو مقتضى كلام جمهور الأصحاب وهو مقتضى المختار عند أصحابنا فى أصول الفقه.

---

(١) فى أ: لا يمكن معرفة حكمه من كتاب ولا سنة.

فإن استصحبناه فشرطه أن يثبت تحريمه فى شرعهم بالكتاب أو السنة أو يشهد به عدلان أسلما منهم بعرفان المبدل من غيره.

قال الماوردى: فعلى هذا لو اختلفوا اعتبر حكمه فى أقرب الشرائع إلى الإسلام وهى النصرانية، وإن اختلفوا عاد الوجهان عند تعارض الأشباه.

أصحهما: الحل، والله سبحانه أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ولا يحل ما تولد بين مأكول وغير مأكول؛ كالسمع المتولد بين الذئب والضبع، والحمار المتولد بين حمار الوحوش وحمار الأهل؛ لأنه مخلوق مما يؤكل ومما لا يؤكل فغلب فيه الحظر كالبغل.

الشرح: السمع بكسر السين وإسكان الميم، قال الشافعى والأصحاب: يحرم السمع والبغل وسائر ما يولد من مأكول وغير مأكول. سواء كان المأكول الذكر أو الأنثى، لما ذكره المصنف.

والزرافة - بفتح الزاى وضمها - حرام بلا خلاف وعدها بعضهم من المتولد بين مأكول وغير مأكول.

ولو تولد من فرس وأتان وحشية أو نحو ذلك من الجنسين المأكولين كان حلالا، نص عليه الشافعى، والله سبحانه أعلم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: ويكره أكل الجلالة، وهى التى أكثر أكلها العذرة من ناقة أو بقرة أو شاة أو ديك أو دجاجة؛ لما روى ابن عباس رضى الله عنهما: «أَنَّ النَّبِى ﷺ نَهَى عَنْ أَلْبَانِ الْجَلَّالَةِ».

ولا يحرم أكلها؛ لأنه ليس فيه أكثر من تغيير لحمها وهذا لا يوجب التحريم، فإن أطعم الجلالة طعاما طاهرا وطاب لحمها لم يكره؛ لما روى عن ابن عمر - رضى الله عنهما - أنه قال: «تعلف الجلالة علفا طاهرا إن كانت ناقة أربعين يوما، وإن كانت شاة سبعة أيام، وإن كانت دجاجة ثلاثة أيام».

الشرح: حديث ابن عباس صحيح رواه أبو داود والترمذى والنسائى بأسانيد صحيحة، قال الترمذى: هو حديث حسن صحيح[(١)].

---

(١) أخرجه ابن أبى شيبة (٥/ ٣٩٧)، (٨/ ٢٠٧، ٢١٧، ٢٢٠، ٢٢١)، وأحمد (١/ ٦٦، ٢٤١، ٢٩٣، ٣٢١، ٢٣٩)، وأبو داود (٢/ ٣٦٢) فى كتاب الأشربة باب الشراب من فى السقاء (٣٧١٩) (٣٧٨٦)، والنسائى (٧/ ٢٤٠) فى كتاب الضحايا باب النهى عن لبن =

قال أصحابنا: الجلالة: هى التى تأكل العذرة والنجاسات، وتكون من الإبل والبقر والغنم والدجاج، ثم قيل: إن كان أكثر أكلها[1] النجاسة فهى جلالة، وإن كان الطاهر أكثر فلا، والصحيح الذى عليه الجمهور أنه لا اعتبار بالكثرة، وإنما الاعتبار بالرائحة والنتن فإن وجد فى عرفها وغيره ريح النجاسة فجلالة، وإلا فلا.

وإذا تغير لحم الجلالة فهو مكروه بلا خلاف، وهل هى كراهة تنزيه أو تحريم؛ فيه وجهان مشهوران فى طريقة الخراسانيين:

أصحهما - عند الجمهور وبه قطع المصنف وجمهور العراقيين وصححه الرويانى وغيره من المعتمدين - : أنه كراهة تنزيه.

قال الرافعى: صححه الأكثرون.

والثانى: كراهة تحريم، قاله أبو إسحاق المروزى والقفال وصححه الإمام والغزالى والبغوى، وقيل: هذا الخلاف فيما إذا وجدت رائحة النجاسة بتمامها أو قربت الرائحة من الرائحة، فإن قلت الرائحة الموجودة لم تضر قطعا.

قال أصحابنا: ولو حبست بعد ظهور النتن وعلفت شيئا طاهرا فزالت الرائحة ثم ذبحت، فلا كراهة فيها قطعا.

قال أصحابنا: وليس للقدر الذى تعلفه من حد ولا لزمانه من ضبط، وإنما الاعتبار بما يعلم فى العادة أو يظن أن رائحة النجاسة تزول به، ولو لم تعلف لم يزل المنع بغسل اللحم بعد الذبح ولا بالطبخ وإن زالت الرائحة به، ولو زالت بمرور الزمان؛ قال البغوى: لا يزول المنع.

وقال غيره: يزول.

قال أصحابنا: وكما منع لحمها يمنع لبنها وبيضها؛ للحديث الصحيح فى لبنها؛ قال أصحابنا: ويكره الركوب عليها إذا لم يكن بينها وبين الراكب حائل.

قال الصيدلانى وغيره: إذا حرمنا لحمها فهو نجس، ويطهر جلدها بالدباغ، وهذا يقتضى نجاسة الجلد أيضا.

= الجلالة (٤٤٦٠)، وابن الجارود (٨٨٧)، وابن خزيمة (٢٥٥٢)، وابن حبان (٥٣١٦)، (٥٣٩٩)، والطبرانى فى الكبير (١١٨١٩)، (١١٨٢٠)، (١١٨٢١)، والحاكم (٢/ ٣٤)، والبيهقى (٥/ ٢٥٤)، (٧/ ٢٨٤)، (٩/ ٣٣٣و٣٣٤)

(١) فى أ: علفها.

قال الرافعي: وهو نجس إن ظهرت الرائحة فيه، وكذا إن لم تظهر على أصح الوجهين كاللحم.

قال أصحابنا: وظهور النتن وإن حرمنا اللحم ونجسناه فلا نجعله موجبا لنجاسة الحيوان في حياته، فإنا لو نجسناه صار كالكلب لا يطهر جلده بالدباغ، بل إذا حكمنا بتحريم اللحم كان الحيوان كما لا يؤكل لحمه، فلا يطهر جلده.

ويطهر بالدباغ، والله أعلم.

فرع: السخلة المرباة بلبن الكلبة لها حكم الجلالة المعتبرة، ففيها وجهان:

أصحهما: يحل أكلها.

والثاني: لا يحل، وسبق بيانهما فى أول هذا الباب.

قال أصحابنا: ولا يحرم الزرع المزبل، وإن كثر الزبل فى أصله، ولا ما يسقى من الثمار والزروع ماء نجسا، وقد سبق فى باب إزالة النجاسة بيان هذا مع نظائره.

فرع: لو عجن دقيق بماء نجس وخبزه فهو نجس يحرم أكله ويجوز أن يطعمه لشاة أو بعير أو بقرة ونحوها، نص عليه الشافعى - رحمه الله - ونقله عن نصه البيهقى فى كتاب السنن الكبير فى باب نجاسة الماء الدائم، واستدل له البيهقى بالحديث المشهور.

وفى فتاوى صاحب الشامل: أنه يكره إطعام الحيوان المأكول نجاسة، وهذا لا يخالف نص الشافعى فى الطعام؛ لأنه ليس بنجس العين، ومراد صاحب الشامل نجس العين.

ولا يجوز إطعام الطعام المعجون بماء نجس لصعلوك وسائل وغيرهما من الآدميين بلا خلاف؛ لأنه منهى عن أكل المتنجس بخلاف الشاة والبعير ونحوهما.

وقال ابن الصباغ فى الفتاوى: ولا يكره أكل البيض المصلوق بماء نجس كما لا يكره الوضوء بماء سخن بالنجاسة، والله أعلم.

فرع: فى مذاهب العلماء فى الجلالة.

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه إذا تغير لحمها كرهت كراهة تنزيه على الأصح، ولا تحرم، سواء لحمها ولبنها وبيضها، وبه قال الحسن البصرى ومالك[1] وداود[2]،

---

(١) قال فى شرح الخرشى (٣/ ٢٦) إن الإبل والبقر والغنم مباحة ولو كانت جلالة سواء تغير =

وكذا لا يحرم ما سقى من الثمار والزروع ماء نجسا.

وقال أحمد[1]: يحرم لحم الجلالة ولبنها حتى تحبس وتعلف أربعين يوما.

= لحمه من ذلك أو لم يتغير وهو المشهور عند اللخمى، وباتفاق عند ابن رشد.

وقيل: إن الحيوان الذى يصيب النجاسة لحمه وعرقه ولبنه وبوله نجس.

وذكر ابن رشد أن الإمام مالكا رحمه الله تعالى كره الجلالة.

وذكر الحطاب أنه قد اختلف فى الحيوان الذى يصيب النجاسة هل تنقله عن حكمه قبل أن يصيبها؟

فقيل: هو على حكمه فى الأصل فى أسائرها وأعراقها ولحومها وألبانها وأبوالها.

وقيل: تنقله وجميع ذلك نجس، ولم يتبع فى حكايته الاتفاق على إباحة الجلالة قال فى التوضيح عنه: واتفق العلماء على أكل ذوات الحواصل من الجلالة واختلفوا فى ذوات الكرش، فكره جماعة أكل الجلالة منها وشرب ألبانها لما روى عن النبى ﷺ أنه نهى عن لحوم الجلالة وألبانها ولا خلاف فى المذهب فى أن أكل لحوم الماشية والطير الذى يتغذى بالنجاسة حلال جائز وإنما اختلفوا فى الألبان والأبوال والأعراق. ينظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ١/ ٤٥٢ وينظر مواهب الجليل لمختصر خليل (٣/ ٢٢٩).

(٢) قال فى المحلى (٧/ ٤٨٢) إنه لا يحل أكل لحوم الجلالة ولا شرب ألبانها ولا ما تصرف منها لأنه منها وبعضها ولا يحل ركوبها - وهى التى تأكل العذرة من الإبل وغير الإبل من ذوات الأربع خاصة - فإذا قطع عنها أكلها فانقطع عنها الاسم حل أكلها وشرب ألبانها وركوبها لما روينا من طريق أبى داود. عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهم قال: نهى رسول الله ﷺ عن أكل الجلالة وألبانها وما روينا من طريق أبى داود عن ابن عمر كذلك قال: نهى رسول الله ﷺ عن الجلالة فى الإبل أن يركب عليها أو يشرب من ألبانها.

ومن طريق ابن وهب كان عطاء ينهى عن جلالة الإبل والغنم أن تؤكل فإن حبستها وعلفتها حتى تطيب بطونها فلا بأس حينئذ بأكلها.

أما الدجاج والطير فلا يسمى شىء منها جلالة وإن كانت تأكل العذرة.

(١) قال فى كشاف القناع: إنه يحرم لحم الجلالة - وهى التى أكثر علفها النجاسة - ولبنها لما روى ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال: نهى النبى ﷺ عن أكل الجلالة وألبانها رواه أحمد وأبو داود والترمذى وقال حسن غريب. وفى رواية لأبى داود نهى عن ركوب الجلالة وفى رواية أخرى له: نهى عن ركوب جلالة الإبل، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضى الله تعالى عنهم أن النبى ﷺ نهى عن لحوم الحمر الأهلية وعن ركوب الجلالة وأكل لحمها. رواه أحمد وأبو داود والنسائى. وكذا بيضها لأنه متولد من النجاسة ويكره ركوبها لأجل عرقها لما سبق من الأخبار حتى تحبس الجلالة ثلاث ليال بأيامهن لأن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما كان إذا أراد أكلها يحبسها ثلاثا وتطعم الطاهر وتمنع من النجاسة سواء كانت طائرا أو بهيمة إذ المانع من حلها يزول بذلك، ولأن ما طهر حيوانا طهر غيره كما لو كانت النجاسة بظاهره، ومثله ما إذا ارتضع خروف من كلبة ثم شرب لبنا طاهرا أو أكل شيئا طاهرا ثلاثة أيام فيحل أكله. وإذا عض كلب شاة ونحوها فكلبت ذبحت دفعا لضررها =

قال: ويحرم الثمار والزروع والبقول المسقية ماء نجسا، والله أعلم[١].

= وينبغى ألا يؤكل لحمها لضررها أو قياسا على الجلالة.

وفى رواية أخرى عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى أن الطائر يحبس ثلاثة أيام أما الشاة فتحبس سبعة أيام وما عدا ذلك من الإبل والبقر ونحوهما فى الكبر يحبس أربعين يوما لما روى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما إنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن الإبل الجلالة إن يؤكل لحمها ويشرب لبنها ويحمل عليها الأدم ويركبها الناس حتى تعلف أربعين ليلة. ينظر كشاف القناع (٤/ ١١٥) وينظر المغنى لابن قدامة المقدسى (١١/ ٧١، ٧٢).

(١) قال فى بدائع الصنائع إنه يكره أكل لحوم الإبل الجلالة - وهى التى الأغلب من أكلها النجاسة - لما روى أن رسول الله ﷺ نهى عن أكل لحوم الإبل الجلالة، ولأنه إذا كان الغالب من أكلها النجاسات يتغير لحمها وينتن فيكره أكله كالطعام المنتن وروى أن رسول الله ﷺ نهى عن الجلالة أن تشرب ألبانها لأن لحمها إذا تغير يتغير لبنها وأما ما روى من أن النبى ﷺ نهى عن أن يحج عليها أو أن يعمر فذلك محمول على أنها أنتنت فى نفسها فيمتنع من استعمالها حتى لا يتأذى الناس بنتنها كذا ذكره القدورى رحمه الله تعالى فى شرح مختصر الكرخى.

وذكر القاضى فى شرح مختصر الطحاوى أنه لا يحل الانتفاع بها من العمل وغيره إلا أن تحبس أياما وتعلف فحينئذ تحل.

وما ذكره القدورى رحمه الله تعالى أجود لأن النهى ليس لمعنى يرجع إلى ذاتها، بل يرجع إلى عارض جاورها فكان الانتفاع بها حلالا فى ذاته إلا أنه يمنع عنه لغيره.

ثم ليس لحبسها تقدير فى ظاهر الرواية، هكذا روى عن محمد رحمه الله تعالى أنه قال: كان أبو حنيفة عليه رحمة الله تعالى، لا يوقت فى حبسها وقال تحبس حتى تطيب. وهو قولهما أيضاً.

وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنها تحبس ثلاثة أيام.

وروى ابن رستم رحمه الله تعالى عن محمد فى الناقة الجلالة والشاة والبقر الجلال أنها إنما تكون جلالة إذا تعفنت وتغيرت ووجد منها ريح منتنة فهى الجلالة حينئذ لا يشرب لبنها ولا يؤكل لحمها وبيعها وهبتها جائز. هذا إذا كانت لا تخلط ولا تأكل إلا العذرة غالباً.

فإن خلطت فليست جلالة فلا تكره لأنها لا تنتن ولا يكره أكل الدجاج المحلى وإن كان يتناول النجاسة لأنه لا يغلب عليه أكل النجاسة بل يخلطها بغيرها وهو الحب فيأكل ذا وذا.

وقيل: إنما لا يكره لأنه لا ينتن كما ينتن الإبل. والحكم متعلق بالنتن.

ولهذا قال أصحابنا رحمهم الله تعالى فى جدى ارتضع بلبن خنزير حتى كبر: إنه لا يكره أكله؛ لأن لحمه لا يتغير ولا ينتن فهذا يدل على أن الكراهة فى الجلالة لمكان التغير والنتن لا لتناول النجاسة ولهذا إذا خلطت لا يكره وإن وجد تناول النجاسة لأنها لا تنتن، فدل أن العبرة للنتن لا لتناول النجاسة.

والأفضل أن يحبس الدجاج حتى يذهب ما فى بطنها من النجاسة لما روى أن رسول الله ﷺ كان يحبس الدجاج ثلاثة أيام ثم يأكله، وذلك على طريق التنزه، وهو رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة عليهما رحمة الله تعالى أنها تحبس ثلاثة أيام كأنه ذهب إلى ذلك للخبر ولما =

واحتج أصحابنا لعدم التحريم أن ما تأكله الدابة من الطاهرات يتنجس إذا حصل فى كرشها، ولا يكون غذاؤها إلا بالنجاسة، ولا يؤثر ذلك فى إباحة لحمها ولبنها وبيضها.

ولأن النجاسة التى تأكلها تنزل فى مجارى الطعام ولا تخالط اللحم، وإنما ينتشى اللحم بها، وذلك لا يوجب التحريم، والله أعلم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وأما حيوان البحر فإنه يحل منه السمك؛ لما روى عن ابن عمر - رضى الله عنهما - أن النبى - صلى الله عليه وسلم - قال: «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ فَأَمَّا الْمَيْتَتَانِ فَالسَّمَكُ وَالْجَرَادُ وَأَمَّا الدَّمَانِ فَالْكَبِدُ وَالطِّحَالُ»،

ولا يحل أكل الضفدع؛ لما روى عن النبى ﷺ: «نَهَى عَنْ قَتْلِ الضِّفْدَعِ»، ولو حل أكله لم ينه عن قتله، وفيما سوى ذلك وجهان:

أحدهما: يحل لما روى أبو هريرة - رضى الله عنه -: «أَنَّ النَّبِى ﷺ قَالَ فِى الْبَحْرِ: اغْتَسِلُوا مِنْهُ وَتَوَضَّئُوا بِهِ فَإِنَّهُ الطَّهُورُ مَاؤُهُ الْحِلُّ مَيْتَتُهُ»،

ولأنه حيوان لا يعيش إلا فى الماء فحل أكله كالسمك.

والثانى: أن ما أكل مثله فى البر يحل أكله، وما لا يؤكل مثله فى البر لم يحل أكله اعتبارا بمثله.

الشرح: أما الأثر عن ابن عمر[(١)] فصحيح سبق بيانه قريبا فى فرع مذاهب العلماء فى أكل الجراد.

وأما حديث النهى عن قتل الضفدع[(٢)] فرواه أبو داود بإسناد حسن والنسائى بإسناد صحيح من رواية عبد الرحمن بن عثمان بن عبيد الله التيمى الصحابى وهو ابن أخى

= ذكرنا من أن ما فى جوفها من النجاسة يزول فى هذه المدة ظاهرًا وغالبا. ولأن العبرة للنتن لا لتناول النجاسة.

ذكر صاحب الدر المختار أن السمك المتولد فى ماء نجس يحل.

وقال صاحب تنوير الأبصار بأنه لو سقى ما يؤكل لحمه خمرا فذبح من ساعته حل أكله مع الكراهة. ينظر الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٥/ ١٩٤ - ١٩٦ - ٢١٧ .

(١) تقدم.

(٢) أخرجه أحمد (٣/ ٤٥٣، ٤٩٩)، وعبد بن حميد (٣١٣)، وأبو داود (٢/ ٤٠٠) فى كتاب الطب باب فى الأدوية المكروهة (٣٨٧١)، (٥٢٦٩)، والنسائى (٧/ ٢١٠) فى كتاب الصيد باب الضفدع (٤٣٦٦).

طلحة بن عبيد الله.

قال: «سَأَلَ طَبِيبٌ النَّبِى ﷺ عَنْ ضِفْدَعٍ يَجْعَلُهَا فِى دَوَاءٍ فَنَهَاهُ عَنْ قَتْلِهَا».

وأما حديث أبى هريرة رضى الله عنه فى البحر فصحيح ولفظه: «سُئِلَ النَّبِى ﷺ عَنِ الْوُضُوءِ بِمَاءِ الْبَحْرِ فَقَالَ: هُوَ الطَّهُورُ مَاؤُهُ الْحِلُّ مَيْتَتُهُ»[1]، وقد سبق بيانه واضحا فى أول كتاب الطهارة.

---

(١) أخرجه مالك (١/ ٢٢) فى كتاب الطهارة باب الطهور للوضوء (١٢)، والشافعى (١/ ١٩)، وابن أبى شيبة (١/ ١٣١)، وأحمد (٢/ ٢٣٧، ٣٩٣)، وأبو داود (١/ ٦٩) فى كتاب الطهارة باب الوضوء بماء البحر (٨٣)، والترمذى (١/ ١١١) باب ما جاء فى ماء البحر أنه طهور (٦٩).

والنسائى (١/ ٥٠، ١٧٦)، (٧/ ٢٠٧) فى كتاب الطهارة باب فى ماء البحر (٥٩)، وابن ماجة (١/ ٣٢٩) فى كتاب الطهارة وسننها باب الوضوء بماء البحر (٣٨٦)، وابن خزيمة (١١١)، وابن الجارود (٤٣)، وابن حبان (١٢٤٣)، والحاكم (١/ ١٤٠، ١٤١)، والبيهقى (١/ ٣)، وذكر الزيلعى فى نصب الراية (١/ ٩٦ - ٩٨)

وقال: أخرجه أصحاب السنن الأربعة من طريق مالك عن صفوان بن سليم عن سعيد بن سلمة عن المغيرة بن أبى بردة العبدرى عن أبى هريرة أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله إنا نركب البحر، ونحمل معنا القليل من الماء، فإن توضأنا به عطشنا، أفنتوضأ من البحر؟ فقال عليه السلام: «هو الطهور ماؤه الحل ميتته»، انتهى. قال الترمذى حديث حسن صحيح، وسألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث، فقال: حديث صحيح، انتهى. ورواه ابن حبان فى صحيحه فى النوع الثالث والثلاثين، من القسم الرابع، والحاكم فى مستدركه، وقال: ورواه ابن أبى شيبة فى مصنفه. ومسنده أخبرنا حماد بن خالد عن مالك بن أنس به أن النبى ﷺ قال: «البحر الطهور ماؤه الحل ميتته»، انتهى. وهو لفظ غريب، قال الشيخ تقى الدين فى الإمام: وهذا الحديث يعلّ بأربع علل: أحدها: جهالة سعيد بن سلمة. والمغيرة بن أبى بردة، وقالوا: لم يرو عن المغيرة بن أبى سلمة فقد روى عنه غير صفوان، وهو الجلاح أو كثير، ورواه عن الجلاح يزيد بن أبى حبيب، وعمرو بن الحارث، أما رواية عمرو فمن طريقا بن وهب، وأما رواية يزيد، فمن طريق الليث بن سعد عنه أخرجها كلها البيهقى فى سننه الكبير وأما المغيرة ابن أبى بردة، فقد روى عنه يحيى بن سعيد، ويزيد بن محمد القرشى، إلا أن يحيى بن سعيد اختلف عليه فيه، ورواية يزيد بن محمد رواها أحمد بن عبيد الصفار صاحب المسند، ومن جهته أخرجها البيهقى، فتلخص أن المغيرة ابن أبى بردة روى عنه ثلاثة: يحيى بن سعيد. ويزيد بن محمد وسعيد بن سلمة، وأن سعيد بن سلمة روى عنه صفوان عن سعيد.

العلة الثانية: أنهم اختلفوا فى اسم سعيد بن سلمة، فقيل: هذا، وقيل: عبدالله بن سعيد، وقيل: سلمة بن سعيد، وأصحهما سعيد بن سلمة؛ لأنها رواية مالك مع جلالته، وهذا مع وفاق من وافقه، والاسمان الآخران من رواية محمد بن إسحاق.

=

. . . .

= العلة الثالثة: الإرسال، قال ابن عبدالبر: ذكر ابن أبى عمرو الحميدى. والمخزومى عن ابن عيينة عن يحيى بن سعيد عن المغيرة بن أبى بردة: أن ناسًا من بنى مدلج أتوا رسول الله ﷺ الحديث، قال: وهذا مرسل لا يقوم بمثله حجة، ويحيى بن سعيد أحفظ من صفوان بن سليم، وأثبت من سعيد بن سلمة، قال الشيخ: وهذا مبنى على تقديم إرسال الأحفظ على إسناد من دونه، وهو مشهور فى الأصول.

والعلة الرابعة: الاضطراب، فوقع فى رواية محمد بن إسحاق عبدالله بن سعيد عن المغيرة بن أبى بردة عن أبيه عن أبى هريرة عن النبى ﷺ، هكذا هو فى مسند الدارمى ووقع فى رواية عنه: سلمة بن سعيد عن المغيرة بن أبى بردة عن أبى هريرة عن النبى ﷺ، وأما رواية يحيى بن سعيد، فقيل عنه: عن المغيرة بن أبى بردة عن رجل من بنى مدلج عن النبى ﷺ، هذه رواية أبى عبيد القاسم بن سلام عن هشيم عن يحيى، ورواه بعضهم عن هشيم، فقال فيه المغيرة بن أبى برزة، فقال: وهم فيه، وإنما هو المغيرة بن أبى بردة. وهشيم ربما وهم فى الإسناد، وهو فى المقطعات أحفظ، قال الشيخ: وهذا الوهم إنما يلزم هشيما إذا اتفقوا عليه فيه، فأما وقد رواه أبو عبيد عن هشيم على الصواب، فالوهم ممن رواه عن هشيم، على ذلك الوجه، وقيل فيه: عن المغيرة بن عبد الله أن رجلا من بنى مدلج أتى النبى ﷺ، وقيل: عن عبدالله بن المغيرة بن أبى بردة أن رجلا من بنى مدلج، وفى رواية عبدالله بن المغيرة عن رجل من بنى مدلج، وقيل: عن عبدالله بن المغيرة عن أبيه عن رجل من بنى مدلج، قال البيهقى فى كتاب المعرفة: هذا حديث أودعه مالك بن أنس كتاب الموطأ ورواه أبو داود. وأصحاب السنن. وجماعة من أئمة الحديث فى كتبهم محتجين به، وصححه البخارى فيما رواه الترمذى عنه، وإنما لم يخرجه البخارى. ومسلم فى صحيحيهما لاختلاف وقع فى اسم سعيد بن سلمة. والمغيرة بن أبى بردة، وكذلك قال الشافعى: فى إسناده من لا أعرفه، ولا يضر اختلاف من اختلف عليه فيه، فإن مالكا قد أقام إسناده عن صفوان بن سليم، وتابعه الليث بن سعد عن يزيد عن الجلاح، كلاهما عن سعيد بن سلمة عن المغيرة بن أبى بردة، ثم يزيد بن محمد القرشى عن المغيرة بن أبى بردة عن أبى هريرة عن النبى ﷺ، فصار الحديث بذلك صحيحا، والله أعلم، انتهى، وقال فى السنن الكبير قد تابع يحيى بن سعيد الأنصارى. ويزيد بن محمد القرشى سعيدًا على روايته، إلا أنه اختلف فيه على يحيى بن سعيد، فروى عنه عن المغيرة بن أبى بردة عن رجل من بنى مدلج عن النبى ﷺ، وروى عنه عن عبدالله بن المغيرة بن أبى بردة أن رجلا من بنى مدلج، وروى عنه عن المغيرة بن عبدالله عن رجل من بنى مدلج عن النبى ﷺ، وعنه عن المغيرة بن عبدالله عن أبيه، وقيل: غير هذا، واختلفوا أيضًا فى اسم سعيد بن سلمة، فقيل: كما قال مالك، وقيل: عبدالله بن سعيد المخزومى، وقيل: سلمة بن سعيد، وهو الذى أراد الشافعى بقوله: فى إسناده من لا أعرفه أو المغيرة. أوهما، إلا أن الذى أقام إسناده ثقة، وهو مالك رحمه الله، انتهى. ولما روى الحاكم فى المستدرك هذا الحديث ذكر ما فيه من المتابعات، ثم قال: اسم الجهالة مرفوع عنهما بهذه المتابعات، =

والطحال بكسر الطاء، والضفدع بكسر الضاد وبكسر الدال وفتحها لغتان مشهورتان، الكسر أفصح عند أهل اللغة وأنكر جماعة منهم الفتح.

قوله: «حيوان لا يعيش إلا فى الماء»، احتراز من السباع ونحوها.

أما الأحكام: فقال أصحابنا: الحيوان الذى لا يهلكه الماء ضربان:

أحدهما: ما يعيش فى الماء، وإذا خرج منه كان عيشه عيش المذبوح، كالسمك بأنواعه فهو حلال، ولا حاجة إلى ذبحه بلا خلاف، بل يحل مطلقا سواء مات بسبب ظاهر كضغطة أو صدمة حجر أو انحسار ماء أو ضرب من الصياد أو غيره.

أو مات حتف أنفه سواء طفا على وجه الماء أم لا، وكله حلال بلا خلاف عندنا،

وأما ما ليس على صورة السموك المشهورة ففيه ثلاثة أوجه مشهورة ذكرها المصنف فى التنبيه.

وقال القاضى أبو الطيب وغيره: فيه ثلاثة أقوال:

أصحها عند الأصحاب: يحل الجميع. وهو المنصوص للشافعى فى الأم ومختصر المزنى، واختلاف العراقيين؛ لأن الصحيح أن اسم السمك يقع على جميعها، وقد قال الله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ﴾ [المائدة: ٩٦] قال ابن عباس وغيره: صيده ما صيد، وطعامه ما قذف.

ولقوله ﷺ فى الحديث الصحيح: «هُوَ الطَّهُورُ مَاؤُهُ الْحِلُّ مَيْتَتُهُ».

والوجه الثانى: يحرم وهو مذهب أبى حنيفة.

الثالث: ما يؤكل نظيره فى البر كالبقر والشاة وغيرهما فحلال، وما لا يؤكل كخنزير الماء وكلبه فحرام.

فعلى هذا ما لا نظير له حلال لما ذكرناه فى دليل الأصح، وعلى هذا الثالث لا يحل ما أشبه الحمار، وإن كان فى البر حمار الوحش المأكول، صرح به ابن الصباغ والبغوى وغيرهما.

وقال أصحابنا: وإذا أبحنا الجميع فهل تشترط الذكاة أم تحل ميتته؟ فيه وجهان

= وقال ابن منده: اتفاق صفوان. والجلاح يوجب شهرة سعيد بن سلمة، واتفاق يحيى بن سعيد. وسعيد بن سلمة عن المغيرة يوجب شهرته، فصار الإسناد مشهورًا، وبهذا يرتفع جهالة عينهما، انتهى. وفى كتاب المزّى توثيقهما، فزالت جهالة الحال أيضًا، ولهذا صححه الترمذى، وحكى عن البخارى تصحيحه، والله أعلم.

حكاهما البغوى وغيره، ويقال: قولان:

أصحهما: يحل ميتته.

الضرب الثالث: ما يعيش فى الماء وفى البر أيضا فمنه طير الماء كالبط والإوز ونحوهما، وهو حلال كما سبق، ولا يحل ميتته بلا خلاف بل تشترط ذكاته، وعد الشيخ أبو حامد وإمام الحرمين من هذا الضرب الضفدع والسرطان وهما محرمان على المذهب الصحيح المنصوص، وبه قطع الجمهور وفيهما قول ضعيف أنها حلال، وحكاه البغوى فى السرطان عن الحليمى، وذوات السموم كالحية وغيرها حرام بلا خلاف.

وأما التمساح فحرام على الصحيح المشهور وبه قطع المصنف فى التنبيه والأكثرون، وفيه وجه.

وأما السلحفاة فحرام على أصح الوجهين.

قال الرافعى: واستثنى جماعة الضفدع من الحيوان الذى لا يعيش إلا فى الماء، تفريعا على الصحيح وهو حل الجميع، وكذا استثنوا الحيات والعقارب.

قال: ومقتضى هذا الاستثناء أنها لا تعيش إلا فى الماء، قال: ويمكن أن يكون نوع منها كذا ونوع كذا، قال: واستثنى القاضى أبو الطيب النسناس أيضا فجعله حراما، ووافقه الشيخ أبو حامد، وخالفهما الرويانى وغيره فأباحوه.

قلت: الصحيح المعتمد أن جميع ما فى البحر تحل ميتته إلا الضفدع ويحمل ما ذكره الأصحاب أو بعضهم من السلحفاة والحية والنسناس على ما يكون فى ماء غير البحر، والله تعالى أعلم.

فرع: قال الرافعى: أطلق مطلقون القول بحل طير الماء وكلها حلال إلا اللقلق ففيه خلاف سبق.

قال: وقال الصيمرى: لا يؤكل طير الماء الأبيض لخبث لحمه، والله أعلم.

فرع: قد ذكرنا أن الصحيح من مذهبنا حل جميع ميتات البحر إلا الضفدع، وحكاه العبدرى عن أبى بكر الصديق وعمر وعثمان وابن عباس، رضى الله عنهم.

قال: وقال مالك[1]: يحل الجميع سواء الضفدع وغيره.

---

(١) قال فى شرح الخرشى (٣/ ٢٦): إن المباح من الحيوان البحرى كله وإن كان ميتا سواء وجد =

وقال أبو حنيفة[١]: لا يحل غير السمك.

فرع: السمك الطافى حلال وهو الذى مات حتف أنفه، فيحل عندنا كل ميتات البحر غير الضفدع، سواء ما مات بسبب وغيره، وبه قال مالك[٢] وأحمد[٣] وأبو داود[٤] وحكاه الخطابى عن أبى بكر الصديق وأبى أيوب الأنصارى وعطاء بن

= راسيا فى الماء أو طافيا أو فى بطن حوت أو طير وسواء ابتلعه ميتا أو حيا ومات فى بطنه ويغسل ويؤكل وسواء صاده مسلم أو مجوسى ويشمل البحرى آدمى الماء وكلبه وخنزيره وهو المعتمد. وما عداه لا يعول عليه.

(١) قال فى بدائع الصنائع: إن جميع ما فى البحر من الحيوان محرم الأكل إلا السمك خاصة، فإنه يحل أكله إلا ما طفا منه.

وهذا قول أصحابنا رضى الله تعالى عنهم وقال بعض الفقهاء وابن أبى ليلى رحمه الله تعالى ما سوى السمك من الضفدع والسرطان وحية الماء وكلبه وخنزيره ونحو ذلك لكن على أن يكون ذلك بالذكاة وهو قول الليث بن سعد رضى الله تعالى عنه إلا فى إنسان الماء وخنزيره فإنه لا يحل وذلك لقول الله تبارك وتعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير﴾ من غير فصل فى التحريم بين البرى والبحرى.

وإنما قال أصحابنا بتحريم ما سوى السمك لقول الله عز شأنه: ﴿ويحرم عليهم الخبائث﴾ والضفدع والسرطان والحية ونحوها من الخبائث، وروى عن رسول الله ﷺ أنه سئل عن ضفدع يجعل شحمه فى الدواء فنهى رسول الله ﷺ عن قتل الضفادع، وذلك نهى عن أكلها. ينظر كتاب بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع (٥/ ٣٥).

(٢) ثم إن ميتة البحر طاهرة ولو تغيرت ونتنت كالملوحة إلا أن يتحقق ضررها فتحرم لذلك لا لنجاستها، وكذلك المذكى ذكاة شرعية طاهر ولو تغير ونتن، ويؤكل ما لم يتحقق ضرره، والطافى هو الذى يرتفع ويعلو على وجه الماء إلا أنه إذا باعه يبين لأن النفوس تنفر منه، وكذا يبين فما إذا كان فى بطن طير. ينظر شرح الخرشى ٣/ ٢٦ .

(٣) وعن أحمد رحمه الله تعالى فى السمكة توجد فى بطن سمكة أخرى أو فى حوصلة طائر أويوجد فى حوصلته جراد قال في موضع: كل شيء أكل مرة لا يؤكل.

وقال فى موضع آخر: الطافى أشد من هذا. وقد رخص فيه أبو بكر رضى الله تعالى عنه وهذا هو الصحيح وذلك لقول النبى صلى الله عليه وسلم: «أحلت لنا ميتتان ودمان» ولأنه حيوان طاهر فى محل طاهر لا تعتبر له ذكاة، فأبيح كالطافى من السمك. ينظر المغنى لابن قدامة المقدسى ومعه الشرح الكبير على متن المقنع للإمام شمس الدين أبى الفرج بن أحمد ابن قدامة المقدسى ١١/ ٨٤ .

(٤) ذكر صاحب المحلى: أن ما يسكن جوف الماء ولا يعيش إلا فيه يكون حلالاً كله كيفما وجد سواء أخذ حيا ثم مات أو مات فى الماء وسواء طفا أو لم يطف وسواء قتله حيوان بحرى أو حيوان برى فإنه كله حلال أكله وسواء فى ذلك الحكم خنزير الماء أو إنسان الماء أو كلب الماء وغير ذلك فإن ذلك كله حلال أكله سواء قتله وثنى أو مسلم أو كتابى، أو لم يقتله أحد لقول الله تعالى: ﴿وما يستوى البحران هذا عذب فرات سائغ شرابه وهذا ملح أجاج ومن كل تأكلون لحما طريا﴾ وقوله تعالى ﴿أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم =

أبى رباح ومكحول والنخعى وأبى ثور رضى الله عنهم.

قال[1] أبو حنيفة: إن مات بسبب كضرب وانحسار الماء عنه حل.

وإن مات بلا سبب حرم.

وإن مات بسبب حر الماء أو برده ففيه روايتان عنه، والمسألة مشهورة فى كتب المذهب، والخلاف بمسألة السمك الطافى، وممن قال بمنع السمك الطافى ابنْ عباس وجابر بن عبد الله وجابر بن زيد وطاوس.

واحتج لهم بحديث جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «مَا أَلْقَاهُ الْبَحْرُ أَوْ جَزَرَ عَنْهُ فَكُلُوهُ، وَمَا مَاتَ فِيهِ فَطَفَا فَلَا تَأْكُلُوهُ» رواه أبو داود.

واحتج أصحابنا بقول الله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ﴾ [المائدة: ٩٦] قال ابن عباس وغيره: صيده ما صدتموه، وطعامه ما قذف.

وبعموم قوله ﷺ: «هُوَ الطَّهُورُ مَاؤُهُ الْحِلُّ مَيْتَتُهُ»[2] وَهُوَ حَدِيثٌ صَحِيحٌ كَمَا سَبَقَ بَيَانُهُ.

وَبِحَدِيثِ: «جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: بَعَثَنِى[3] النَّبِى ﷺ فِى ثَلَاثمِائَةِ رَاكِبٍ وَأَمِيرُنَا أَبُو عُبَيْدَةَ بْنُ الْجَرَّاحِ يَطْلُبُ خَبَرَ قُرَيْشٍ، فَأَقَمْنَا عَلَى السَّاحِلِ حَتَّى فَنِى زَادُنَا، فَأَكَلْنَا

= وللسيارة﴾ فعم تعالى ولم يخص شيئاً من شىء ﴿وما كان ربك نسيا﴾ ولما رواه مسلم عن جابر قال: بعثنا رسول الله ﷺ وأمر علينا أبا عبيدة، نتلقى عيرا لقريش، وزودنا جرابا مَن تمر لم يجد لنا غيره. فكان أبو عبيدة يعطينا تمرة تمرة، وانطلقنا على ساحل البحر، فرع لنا على ساحل البحر كهيئة الكثيب الضخم. فأتيناه فإذا هو دابة تدعى العنبر. قال أبو عبيدة ميتة.

ثم قال: لا بل نحن رسل رسول الله ﷺ وفى سبيل الله تعالى وقد اضطررتم فكلوا فأقمنا عليه شهرا ونحن ثلاثمائة حتى سمنا.

ثم قال: وتزودنا من لحمه سائق فلما قدمنا المدينة ذكرنا ذلك لرسول الله ﷺ فقال: هو رزق أخرجه الله تعالى لكم فهل معكم من لحمه شىء فتطعمونا فأرسلنا إلى رسول الله ﷺ منه فأكله. هذا حكم ما يسكن فى جوف الماء ولا يعيش إلا فيه.

أما ما يعيش فى الماء وفى البر فلا يحل أكله إلا بذكاة كالسلحافة وكلب الماء والسمور ونحو ذلك لأنه من صيد البر ودوابه وإن قتله المحرم جزاه وأما الضفدع فلا يحل أكله أصلا لنهى النبى ﷺ عن ذبحها. ينظر المحلى (٧/ ٤٦٢).

(١) فى أ: وقال.

(٢) تقدم.

(٣) فى أ: بعثنا.

الْخَبَطَ، ثُمَّ إِنَّ الْبَحْرَ أَلْقَى إِلَيْنَا[١] دَابَّةً يُقَالُ لَهَا الْعَنْبَرُ، فَأَكَلْنَا مِنْهُ نِصْفَ شَهْرٍ حَتَّى صَلُحَتْ أَجْسَامُنَا»[٢] رواه البخارى ومسلم.

وعن ابن عمر قال: «غَزَوْنَا فَجُعْنَا حَتَّى إِنَّ الْجَيْشَ لَيَقْسِمُ التَّمْرَةَ وَالتَّمْرَتَيْنِ، فَبَيْنَا نَحْنُ عَلَى شَطِّ الْبَحْرِ إِذَا رَمَى الْبَحْرُ بِحُوتٍ مَيِّتٍ، فَاقْتَطَعَ النَّاسُ مِنْهُ مَا شَاءُوا مِنْ لَحْمٍ وَشَحْمٍ وَهُوَ مِثْلُ الطَّرِبِ[٣]، فَبَلَغَنِي أَنَّ النَّاسَ لَمَّا قَدِمُوا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَخْبَرُوهُ فَقَالَ لَهُمْ: أَمَعَكُمْ مِنْهُ شَيْءٌ؟»[٤] رواه البيهقى بإسناد صحيح.

وعن ابن عباس[٥] قال: «أشهد على أبى بكر رضى الله عنه أنه قال: السمكة الطافية فيه حلال لمن أراد أكلها» رواه البيهقى بإسناد صحيح.

وروى البيهقى بإسناده عن عمر بن الخطاب[٦] رضى الله عنه [و] عن على بن أبى طالب قالا: «الجراد والنون زكى كله».

وعن أبى أيوب وأبى صرمة[٧] الأنصاريين «أنهما أكلا السمك الطافى».

وعن ابن عباس[٨] قال: «لا بأس بالسمك الطافى».

وعن أبى هريرة وزيد بن ثابت[٩] «أنهما كانا لا يريان بأكل ما لفظ البحر بأسا».

وعن عبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو بن العاص[١٠] مثله، روى البيهقى هذا كله بأسانيده المتصلة.

وأما الجواب عن حديث جابر الذى احتج به الأولون فهو أنه حديث ضعيف

---

(١) فى أ: لنا.

(٢) أخرجه البخارى (١١/ ٣٩) فى كتاب الذبائح والصيد باب قوله تعالى ﴿أحل لكم صيد البحر﴾ (٥٤٩٣، ٥٤٩٤)، فى (٨/ ٤٠٧ - ٤٠٨) فى كتاب المغازى باب غزوة سيف البحر (٤٣٦٠ و٤٣٦١ و٤٣٦٢)، ومسلم (٣/ ١٥٣٥ - ١٥٣٧) فى كتاب الصيد والذبائح باب إباحة ميتات البحر (١٧، ١٨، ١٩، ٢٠، ٢١/ ١٩٣٥).

(٣) فى أ: الظرب.

(٤) أخرجه البيهقى (٩/ ٢٥٣) فى كتاب الصيد والذبائح باب ما لفظ البحر وطفا من ميتته.

(٥) أخرجه البيهقى (٩/ ٢٥٣).

(٦) أخرجه البيهقى (٩/ ٢٥٤).

(٧) ينظر السابق.

(٨) ينظر السابق.

(٩) ينظر السابق.

(١٠) أخرجه البيهقى (٩/ ٢٥٥).

باتفاق الحفاظ، لا يجوز الاحتجاج به لو لم يعارضه شيء فكيف وهو معارض بما ذكرناه من دلائل الكتاب والسنة وأقاويل الصحابة رضى الله عنهم المنتشرة؟ وهذا الحديث من رواية يحيى بن سليم الطائفى عن إسماعيل بن أمية عن أبى الزبير عن جابر.

قال البيهقى: يحيى بن سليم الطائفى كثير الوهم سيئ الحفظ، قال: وقد رواه غيره عن إسماعيل بن أمية موقوفا على جابر.

قال: وقال الترمذى: سألت البخارى عن هذا الحديث فقال: ليس هو بمحفوظ، قال: ويروى عن جابر خلافه، قال: ولا أعرف لأثر ابن أمية عن أبى الزبير شيئا.

قال البيهقى: وقد رواه أيضا يحيى بن أبى أنيسة عن أبى الزبير مرفوعا، ويحيى ابن أبى أنيسة متروك لا يحتج به، قال: ورواه عبد العزيز بن عبيد الله عن وهب بن كيسان عن جابر مرفوعا وعبد العزيز ضعيف لا يحتج به، قال: ورواه بقية بن الوليد عن الأوزاعى عن أبى الزبير عن جابر مرفوعا ولا يحتج بما ينفرد به بقية فكيف بما يخالف قال: وقول[1] الجماعة من الصحابة على خلاف قول جابر مع ما رويناه عن النبى ﷺ أنه قال فى البحر: «هُوَ الطَّهُورُ مَاؤُهُ الْحِلُّ مَيْتَتُهُ»، والله أعلم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وأما غير الحيوان فضربان:

طاهر.

ونجس.

فأما النجس فلا يؤكل؛ لقوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧].

والنجس خبيث، وروى: «أَنَّ النَّبِي ﷺ قَالَ فِي الْفَأْرَةِ تَقَعُ فِي السَّمْنِ: «إِنْ كَانَ جَامِدًا فَأَلْقُوهَا وَمَا حَوْلَهَا وَإِنْ كَانَ مَائِعًا فَأَرِيقُوهُ» فلو حل أكله لم يأمر بإراقته.

وأما الطاهر فضربان:

ضرب: يضر.

وضرب: لا يضر.

فما يضر لا يحل أكله؛ كالسم والزجاج والتراب والحجر.

(١) فى أ: وقال.

والدليل عليه: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْۚ﴾ [النساء: ٢٩] وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِۛ﴾ [البقرة: ١٩٥] وأكل هذه الأشياء تهلكة فوجب ألا يحل.

وما لا يضر يحل أكله؛ كالفواكه والحبوب.

والدليل عليه: قوله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِىٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِۚ﴾ [الأعراف: ٣٢]

الشرح: أما حديث فأرة السمن فبعضه فى الصحيح وبعضه فى غيره فعن ابن عباس عن ميمونة: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سُئِلَ عَنْ فَأْرَةٍ سَقَطَتْ فِى سَمْنٍ فَمَاتَتْ، فَقَالَ النَّبِى ﷺ خُذُوهَا وَمَا حَوْلَهَا وَكُلُوا سَمْنَكُمْ»(١) رواه البخارى.

وفى رواية له: «أَلْقُوهَا وَمَا حَوْلَهَا وَكُلُوهُ».

وعن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إِذَا وَقَعَت الْفَأْرَةُ فِى السَّمْنِ فَإِنْ كَانَ جَامِدًا فَأَلْقُوهَا وَمَا حَوْلَهَا وَإِنْ كَانَ مَائِعًا فَلَا تَقْرَبُوهُ»(٢) رواه أبو داود بإسناد صحيح

---

(١) أخرجه البخارى (١/ ٤٥٧) فى كتاب الوضوء باب ما يقع من النجاسات فى السمن والماء (٢٣٥)، وأطرافه فى (٢٣٦، ٥٥٣٨، ٥٥٣٩، ٥٥٤٠).

والدارمى (١/ ١٨٨) فى كتاب الصلاة باب الفأرة تقع فى السمن، وأبو داود (٢/ ٣٩٢) فى كتاب الأطعمة باب فى الفأرة تقع فى السمن (٣٨٤١)، (٣٨٤٣).

والترمذى (٣/ ٣٩٣ - ٣٩٤) فى باب ما جاء فى الفأرة تموت فى السمن (١٧٩٨)، وقال.

وفى الباب عن أبى هريرة.

هذا حديث حسن صحيح، وقد روى هذا الحديث عن الزهرى، عن عبيد الله، عن ابن عباس؛ أن النبى ﷺ سئل ولم يذكروا فيه عن ميمونه: وحديث ابن عباس عن ميمونة أصح.

وروى معمر عن الزهرى، عن سعيد بن المسيب، عن أبى هريرة، عن النبى ﷺ نحوه، وهو حديث غير محفوظ.

وسمعت محمد بن إسماعيل يقول: وحديث معمر، عن الزهرى، عن سعيد بن المسيب، عن أبى هريرة، عن النبى ﷺ وذكر فيه أنه سئل عنه، فقال: «إذا كان جامدا فألقوها وما حولها وأن كان مائعا فلا تقربوه».

هذا خطأ، أخطأ فيه معمر، قال: والصحيح حديث الزهرى عن عبيد الله عن ابن عباس عن ميمونة.

والنسائى فى سننه (٧/ ١٧٨) فى كتاب الفرع والعتيرة باب الفأرة تقع فى السمن (٤٢٦٩، ٤٢٧٠، ٤٢٧١، ٤٢٧٢).

(٢) أخرجه عبد الرزاق فى المصنف (٢٧٨)، وأحمد فى المسند (٢/ ٢٦٥)، وأبو داود (٢/ ٣٩٢) (٣٨٤٢)، والبيهقى (٩/ ٣٥٣)، وابن حبان (٤/ ٢٣٧) (١٣٩٣).

=

ولم يضعفه وذكره الترمذى بإسناد أبى داود ثم قال: وهذا حديث غير محفوظ، قال: سمعت البخارى يقول: هو خطأ، قال: والصحيح حديث ابن عباس عن ميمونة وذكره البيهقى من رواية أبى داود ولم يضعفه، فهو وأبو داود متفقان على السكوت عليه، مع صحة إسناده، قال الخطابى: وروى فى بعض الأخبار: «وَإِنْ كَانَ مَائِعًا فَأَرِيقُوهُ».

وأما السم والزجاج ففيهما ثلاث لغات: فتح السين والزاى، وضمهما، وكسرهما، والفصيح فتح السين وضم الزاى.

أما الأحكام ففيها مسائل:

إحداها: قال أصحابنا: يحرم أكل نجس العين، كالميتة ولبن الأتان والبول وغير ذلك، وكذا يحرم أكل المتنجس كاللبن والخل والدبس والطبيخ والدهن وغيرها إذا تنجست، وهذا لا خلاف فيه، وقد سبق فى باب إزالة النجاسة وجه ضعيف أن الدهن يطهر بالغسل.

= وذكره الحافظ فى التلخيص (٣/ ٨ - ٩) ابن حبان فى صحيحه من حديث أبى هريرة بلفظ: «وكلوه، وإن كان ذائبا فلا تقربوه». وأما قوله: «فأريقوه». فذكر الخطابى أنها جاءت فى بعض الأخبار ولم يسندها، وأصله فى صحيح البخارى ولفظه: «خذوها وما حولها وكلوا سمنكم» وفى لفظ «ألقوها» ورواه أحمد وأبو داود، والترمذى وابن حبان فى صحيحه، من حديث معمر، عن الزهرى، عن سعيد، عن أبى هريرة مفصلا، لكن قال الترمذى: سمعت البخارى يقول: هو خطأ، والصواب: الزهرى، عن عبيد الله، عن ابن عباس، عن ميمونة، انتهى. وممن خطأ رواية معمر أيضا الرازيان والدارقطنى: وأما الذهلى فقال: طريق معمر محفوظة، لكن طريق مالك أشهر، ويؤيد ذلك أن أحمد وأبا داود ذكرا فى روايتهما عن معمر الوجهين، فدل على أنه حفظه من الوجهين ولم يهم فيه، وكذلك أخرجه ابن حبان فى صحيحه، وفيه اختلاف أخر رواه يحيى بن أيوب، عن ابن جريج، عن الزهرى، عن سالم، عن أبيه، وتابعه عبد الجبار الأيلى، عن الزهرى.

قال الدراقطنى: وخالفهما أصحاب الزهرى فرووه عن الزهرى، عن عبيد الله بن عبد الله عن ابن عباس، وهو الصحيح، وقد أنكر جماعة فيه التفصيل اعتمادا على عدم وروده فى طريق مالك ومن تبعه، لكن ذكر الدارقطنى فى العلل: أن يحيى القطان رواه عن مالك، وكذلك النسائى رواه من طريق عبد الرحمن، عن مالك مقيدا بالجامد، وأنه أمر أن تقور وما حولها فيرمى به. وكذا ذكره البيهقى من طريق حجاج بن منهال، عن ابن عيينة مقيدا بالجامد، وكذلك أخرجه إسحاق بن راهويه فى مسنده، عن ابن عيينة، ووهم من غلطه فيه ونسبه إلى التغيير فى آخر عمره، فقد تابعه أبو داود الطيالسى فيما رواه فى مسنده عن ابن عيينة، والله أعلم.

فعلى هذا الوجه إذا غسل طهر وحل أكله.

ودليل المسألة: ما ذكره المصنف.

واعلم أنه يستثنى من قولهم: لا يحل أكل شيء نجس مسألة وهى الدود المتولد من الفواكه والجبن والخل والباقلا ونحوها، فإنه إذا مات فيما تولد منه نجس بالموت على المذهب، وفى حل أكل هذا الدود ثلاثة أوجه:

أصحها: يحل أكله مع ما تولد منه لا منفردا.

والثانى: يحل مطلقا.

والثالث: يحرم مطلقا، فعلى الصحيح يكون نجسا لا ضرر فى أكله، ويحل أكله معه، فيحتاج إلى استثنائه، والله سبحانه أعلم.

ولو تنجس فمه حرم عليه الأكل والشرب قبل غسله؛ لأن ما يصل إليه ينجس فيكون أكل نجاسة، وينبغى أن يبالغ فى غسله، وقد سبقت هذه المسألة فى آخر باب إزالة النجاسة.

الثانية: لا يحل أكل ما فيه ضرر من الطاهرات كالسم القاتل والزجاج والتراب الذى يؤذى البدن، وهذا هو الذى يأكله بعض النساء وبعض السفهاء، وكذلك الحجر الذى يضر أكله، وما أشبه ذلك، ودليله فى الكتاب.

قال إبراهيم المروذى: وردت أخبار فى النهى عن أكل الطين، ولم يثبت شىء منها، قال: وينبغى أن يحكم بالتحريم إن ظهرت المضرة فيه، وقد جزم المصنف وآخرون بتحريم أكل التراب، وجزم به القاضى حسين فى باب الربا.

قال أصحابنا: ويجوز شرب دواء فيه قليل سم إذا كان الغالب منه السلامة واحتيج إليه.

قال إمام الحرمين: ولو تصور شخص لا يضره أكل السموم الطاهرة لم يحرم عليه إذ لا ضرر.

قال الرويانى: والنبات الذى يسكر وليس فيه شدة مطربة يحرم أكله، ولا حد على آكله.

قال: ويجوز استعماله فى الدواء، وإن أفضى إلى السكر ما لم يكن منه بد، قال: وما يسكر مع غيره ولا يسكر بنفسه إن لم ينتفع به فى دواء وغيره فهو حرام، وإن

كان ينتفع به فى التداوى حل التداوى به، والله أعلم[١].

---

(١) قال فى حاشية ابن عابدين على الدر المختار: إنه يحرم أكل البنج وهو بالفتح نبات يسمى فى العربية شيكران يصدع ويخلط العقل - وفى القهستانى هو أحد نوعى شجر القنب، وهو حرام لأنه يزيل العقل وعليه الفتوى. ومثله ما يخل العقل من غير أن يزيله، والمراد بذلك كله القدر المسكر منه يدل عليه ما فى غاية البيان عن شرح شيخ الإسلام أن أكل قليل السقمونيا والبنج مباح للتداوى وما زاد على ذلك إذا كان يقتل أو يذهب العقل حرام. أى أنه يحرم تناول القدر المضر منها دون القليل النافع، لأن حرمتها ليست لعينها بل لضررها وإذا اعتاد الإنسان أكل شيء من الجامدات التى لا يحرم القليل النافع منها ويسكر الكثير منها حتى صار يأكل منها القدر المسكر ولا يسكره سواء أسكره فى ابتداء الأمر أولا. ففيه أقوال، قيل: يحرم عليه استعماله نظرا إلى أنه يسكر غيره، وقيل: يحرم نظرا إلى أنه قد أسكره قبل اعتياده ويحرم أكل الحشيشة وهو ورق القنب، لأنه مفسد للعقل ويصد عن ذكر الله وعن الصلاة، غير أن حرمة الحشيشة دون حرمة الخمر، فإن أكل الشخص شيئا منها فلا حد عليه وإن سكر من ذلك لأن الشرع أوجب الحد بالسكر من المشروب لا من المأكول وإذا كان لا حد على من أكل الحشيشة فإنه يعزر بما دون الحد.

ونقل عن الجامع وغيره أن من قال بحل الحشيشة فهو زنديق مبتدع، وقد أفتى مشايخ الحنفية بأنه حرام وأن باعته يؤدبون حتى قرروا أن من قال بأنه حلال فهو زنديق كما فى المبتغى، بل قال نجم الدين الزاهدى رحمه الله تعالى أن من استحله يكفر ويباح قتله.

قال ابن عابدين: رأينا فى الزواجر لابن حجر ما نصه: وحكى القرافى وابن تيمية الإجماع على تحريم الحشيشة قال: ومن استحلها فقد كفر. وكذلك يحرم.

والأفيون وهو عصارة الخشخاش - لأنه يكرب ويسقط الشهوتين ويتلف الأغشية ويحرقها لأنه مفسد للعقل حتى يصير للرجل فيه خلاعة وفساد، لكن حرمته كذلك دون حرمة الخمر، فإن أكل شيئا من ذلك فلا حد عليه وإن سكر منه، بل يعزر بما دون الحد كذا فى الجوهرة وكذا تحرم جوزة الطيب لكن دون حرمة الحشيشة ومثل جوزة الطيب العنبر والزعفران، ومثله زهر القطن فإنه قوى التفريح يبلغ الإسكار.

قال صاحب الدر المختار: وفى الأشباه فى قاعدة الأصل الاباحة أو التوقف ويظهر أثره فيما أشكل حاله كالحيوان المشكل أمره والنبات المجهول سمته قلت: فيفهم منه حكم النبات الذى شاع فى زماننا المسمى بالتتن وهو الإباحة على المختار أو التوقف.

وقد كرهه شيخنا العمادى رحمه الله تعالى فى هديته إلحاقا له بالثوم والبصل.

قال ابن عابدين: ظاهر كلام العمادى أنه مكروه تحريما ويفسق متعاطيه ويؤخذ من ذلك أنه يكره أكل الثوم والبصل كراهة تحريم فى المسجد للنهى الوارد فى الثوم والبصل والظاهر كراهة تعاطيه حال القراءة لما فيه من الإخلال بتعظيم كتاب الله تعالى.

وجاء فى الفتاوى الهندية أنه إذا عجن الدقيق بالخمر وخبزه لا يؤكل ولو أكل لا يحد وكذلك لو وقعت الحنطة فى الخمر لا تؤكل قبل الغسل فإن غسلت وطحنت أو لم تطحن ولم توجد رائحة الخمر ولا طعمها فلا بأس بأكله قيل هذا إذا لم تنتفخ الحنطة أما إذا انتفخت فعلى قول محمد رحمه الله تعالى لا تطهر أبدا، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى تغسل ثلاث مرات وتجفف فى كل مرة وتؤكل. ينظر الفتاوى الهندية (٥/ ٤١١).

الثالثة: كل طاهر لا ضرر فيه فهو حلال إلا ثلاثة أنواع، وذلك كالخبز والماء واللبن والفواكه والحبوب واللحوم الطاهرة وغير ذلك؛ لما ذكره المصنف والإجماع.

وأما الأنواع الثلاثة المستثناة:

فأحدها: المستقذرات؛ كالمخاط والمنى ونحوهما وهى محرمة على الصحيح المشهور، وفيه وجه ضعيف حكاه إمام الحرمين وغيره: أنها حلال.

وممن قال به فى المنى أبو زيد المروزى وحكم العرق حكم المنى والمخاط، وقد جزم الشيخ أبو حامد فى تعليقه عقب كتاب السلم فى مسألة بيع لبن الآدميات بأنه يحرم شرب العرق.

الثانى: الحيوان الصغير؛ كصغار العصافير ونحوها يحرم ابتلاعه حيا بلا خلاف؛ لأنه لا يحل إلا بذكاة، هذا فى غير السمك والجراد.

أما السمك والجراد فيحل ابتلاعهما فى الحياة على أصح الوجهين.

الثالث: جلد الميتة المدبوغ فى أكله ثلاثة أقوال أو أوجه سبقت فى باب الآنية:

أصحها: أنه حرام.

والثانى: حلال.

والثالث: إن كان جلد حيوان مأكول فحلال وإلا فلا.

وهذه الثلاثة ترد على المصنف حيث لم يستثنها، والله سبحانه أعلم.

فرع: قال الخطابى: اختلف العلماء فى الزيت إذا وقعت فيه نجاسة، فقال جماعة من أصحاب الحديث: لا يجوز الانتفاع به بوجه من الوجوه؛ لقوله ﷺ: «فلا تقربوه».

وقال أبو حنيفة: هو نجس لا يجوز أكله ولا شربه، ويجوز الاستصباح به وبيعه.

وقال الشافعى: لا يجوز أكله ولا بيعه، ويجوز الاستصباح به.

وقال داود: إن كان هذا سمنا لم يجز بيعه ولا أكله وشربه، وإن كان زيتا لم يحرم أكله ولا بيعه، وزعم أن الحديث مختص بالسمن، وهو لا يقاس[١]، والله أعلم.

هذا كلام الخطابى، وقد سبق فى باب ما يكره لبسه، وأن المذهب الصحيح:

---

(١) فى أ: يقيس.

جواز الاستصباح بالدهن النجس والمتنجس، سواء ودك الميتة وغيره، وسبقت هناك مذاهب العلماء فى الانتفاع بالنجاسات، والله أعلم.

فرع: [إذا] وقعت فأرة ميتة أو غيرها من النجاسات فى سمن أو زيت أو دبس أو عجين أو طبيخ أو غير ذلك، قال أصحابنا: حكمه ما فى الحديث الذى ذكره المصنف أنه إن كان مائعا نجسته، وإن كان جامدا ألقيت النجاسة وما حولها، وبقى الباقى طاهرا.

قالوا: وضابط الجامد: أنه إذا أخذت منه قطعة لم يراد إلى موضعها منه على القرب ما يملؤها فإن تراد فمائع، وقد سبقت هذه المسألة فى باب إزالة النجاسة فى مسألة ولوغ الكلب، والله أعلم.

فرع: قال العبدرى: لو نصب قدرا على النار وفيها لحم فوقع فيها طائر فمات، فأخرج الطائر، صار ما فى القدر نجسا فيراق المرق ولا يجوز أكل اللحم إلا بعد غسله.

هذا مذهبنا، وبه قال ابن عباس.

وعن مالك روايتان:

إحداهما: كمذهبنا.

وأصحهما: عنه أنه يراق المرق ويرمى اللحم فلا يؤكل، والله أعلم.

فرع: قال الغزالى فى إحياء علوم الدين، فى أول كتاب الحلال والحرام: لو وقعت ذبابة أو نحلة(١) فى قدر طبيخ وتهرأت أجزاؤها فيه، لم يحرم أكل ذلك الطبيخ؛ لأن تحريم أكل الذباب والنمل ونحوه إنما كان للاستقذار، ولا يعد هذا مستقذرا.

قال: ولو وقع فيه جزء من لحم آدمى ميت لم يحل أكل شىء من ذلك الطبيخ، حتى لو كان لحم الآدمى وزن دانق حرام(٢) الطبيخ، لا لنجاسته، فإن الآدمى الميت طاهر على الصحيح، ولكن لأن أكل الآدمى حرام لحرمته لا لاستقذاره، بخلاف الذباب، هذا كلام الغزالى.

---

(١) فى أ: نملة.
(٢) فى أ: حرم.

والمختار الصحيح: أنه لا يحرم الطبيخ فى مسألة لحم الآدمى؛ لأنه صار مستهلكا فهو كالبول وغيره إذا وقع فى قلتين من الماء فإنه يجوز استعمال جميعه ما لم يتغير؛ لأن البول صار باستهلاكه كالمعدوم، والله أعلم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: ومن اضطر إلى أكل الميتة أو لحم الخنزير فله أن يأكل منه ما يسد به الرمق؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِۚ﴾ [البقرة: ١٧٣] وهل يجب أكله؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجب؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْۚ﴾ [النساء: ٢٩].

والثانى: لا يجب، وهو قول أبى إسحاق؛ لأن له غرضا فى تركه، وهو أن يجتنب ما حرم عليه.

وهل يجوز أن يشبع منه؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يجوز، وهو اختيار المزنى؛ لأنه بعد سد الرمق غير مضطر، فلا يجوز له أكل الميتة، كما لو أراد أن يبتدئ بالأكل وهو غير مضطر.

والثانى: يحل؛ لأن كل طعام جاز أن يأكل منه قدر سد الرمق جاز له أن يشبع منه، كالطعام الحلال.

وإن اضطر إلى طعام غيره وصاحبه غير مضطر إليه وجب عليه بذله؛ لأن الامتناع من بذله إعانة على قتله، وقد قال النبى ﷺ: «مَنْ أَعَانَ عَلَى قَتْلِ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلَوْ بِشَطْرِ كَلِمَةٍ، جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مَكْتُوبًا بَيْنَ عَيْنَيْهِ آيِسٌ مِنْ رَحْمَةِ اللَّهِ».

وإن طلب منه ثمن المثل لزمه أن يشتريه منه، ولا يجوز أن يأكل الميتة؛ لأنه غير مضطر، فإن طلب أكثر من ثمن المثل و امتنع من بذله فله أن يقاتله عليه، فإن لم يقدر على مقاتلته فاشترى منه بأكثر من ثمن المثل ففيه وجهان:

أحدهما: يلزمه؛ لأنه ثمن فى بيع صحيح.

والثانى: لا يلزمه إلا ثمن المثل كالمكره[١] على شرائه فلم يلزمه أكثر من ثمن المثل.

وإن وجد الميتة وطعام الغير وصاحبه غائب ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يأكل الطعام؛ لأنه طاهر، فكان أولى.

---

(١) فى أ: لأنه كالمكروه.

والثانى: يأكل الميتة؛ لأن أكل الميتة ثبت بالنص، وطعام الغير ثبت بالاجتهاد، فقدم أكل الميتة عليه؛ ولأن المنع من أكل الميتة لحق الله سبحانه وتعالى، والمنع من طعام الغير لحق الآدمى وحقوق الله تعالى مبنية على التسهيل، وحقوق الآدمى[١] مبنية على التشديد.

وإن وجد ميتة وصيدا وهو محرم، ففيه طريقان: من أصحابنا من قال: إذا قلنا: إنه إذا ذبح المحرم الصيد صار ميتة أكل الميتة وترك الصيد؛ لأنه إذا ذكاه صار ميتة، ولزمه الجزاء.

وإن قلنا: إنه لا يصير ميتة، أكل الصيد؛ لأنه طاهر، ولأن تحريمه أخف؛ لأنه يحرم عليه وحده، والميتة محرمة عليه وعلى غيره.

ومن أصحابنا من قال: إن قلنا: إنه يصير ميتة أكل الميتة، وإن قلنا: إنه لا يكون[٢] ميتة ففيه قولان[٣]:

أحدهما: يذبح الصيد ويأكله؛ لأنه طاهر؛ ولأن تحريمه أخف على ما ذكرناه.

والثانى: أنه يأكل الميتة؛ لأنه منصوص عليها، والصيد مجتهد فيه.

وإن اضطر ووجد آدميا ميتا جاز له أكله؛ لأن حرمة الحى آكد من حرمة الميت، وإن وجد مرتدا أو من وجب قتله فى الزنى جاز له أن يأكله؛ لأن قتله مستحق، وإن اضطر ولم يجد شيئا فهل يجوز له أن يقطع شيئا[٤] من بدنه ويأكله؟ فيه وجهان:

قال أبو إسحاق: يجوز؛ لأنه إحياء نفس بعضو فجاز؛ كما يجوز أن يقطع عضوا إذا وقعت فيه الأكلة لإحياء نفسه.

ومن أصحابنا من قال: لا يجوز؛ لأنه إذا قطع عضوا منه كان[٥] المخافة عليه أكثر، وإن اضطر إلى شرب الخمر أو البول شرب البول؛ لأن تحريم الخمر أغلظ ولهذا يتعلق به الحد فكان البول أولى.

وإن اضطر إلى شرب الخمر وحدها ففيه ثلاثة أوجه:

---

(١) فى أ: الآدميين.
(٢) فى أ: لا يصير.
(٣) فى أ: وجهان.
(٤) فى أ: جزءًا.
(٥) فى أ: كانت.

أحدها: أنه لا يجوز أن يشرب؛ لما روت أم سلمة - رضى الله عنها - أن النبى ﷺ قال: «إِنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى لَمْ يَجْعَلْ شِفَاءَكُمْ فِيمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ».

والثانى: يجوز؛ لأنه يدفع به الضرر عن نفسه فصار كما لو أكره على شربها.

والثالث: أنه إن اضطر إلى شربها للعطش لم يجز؛ لأنها تزيد فى الإلهاب والعطش، وإن اضطر إليها للتداوى جاز.

الشرح: حديث «مَنْ أَعَانَ عَلَى قَتْلِ مُسْلِمٍ بِشَطْرِ كَلِمَةٍ»[(١)] [رواه][(٢)] وأما حديث أم سلمة[(٣)] فرواه أبو يعلى الموصلى فى مسنده بإسناد صحيح إلا رجلا واحدا فإنه مستور.

---

(١) أخرجه ابن ماجة (٢/ ٨٧٤) كتاب الديات: باب التغليظ فى قتل مسلم ظلمًا حديث (٢٦٢٠)، والعقيلى فى الضعفاء (٤/ ٣٨٢)، والبيهقى (٨/ ٢٢) كلهم من طريق يزيد بن أبى زياد عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة مرفوعًا ومن هذا الوجه أخرجه ابن الجوزى فى الموضوعات (٣/ ١٠٤)، وقال: لا يصح ففيه يزيد قال ابن المبارك: ارم به وقال النسائى متروك، وقال أحمد بن حنبل: ليس هذا الحديث بصحيح، وقال أبو حاتم بن حبان هذا حديث موضوع لا أصل له من حديث الثقات اهـ.

وقال العقيلى... قال البخارى: منكر الحديث.

والحديث قال فيه الحافظ البوصيرى فى الزوائد (٢/ ٣٣٤) هذا إسناد ضعيف يزيد بن أبى زياد الدمشقى قال فيه البخارى وأبو حاتم: منكر الحديث زاد أبو حاتم ذاهب الحديث، وقال النسائى: متروك الحديث وقال الترمذى ضعيف الحديث... اهـ.

وللحديث شواهد كثيرة من حديث عمر بن الخطاب وابن عباس وأبى سعيد الخدرى أوردها كلها ابن الجوزى فى الموضوعات وحكم عليها بالوضع.

وتعقبه السيوطى فى (٢/ ١٨٦ - ١٨٨) بشواهد من حديث ابن عمر والزهرى مرسلاً تخرج الحديث من دائرة الحكم عليه بالوضع.

وقد أورده السيوطى فى الجامع الصغير (٦/ ٧٢ - فيض رقم ٨٤٧١) عن أبى هريرة معزوًا لابن ماجة ورمز له بالضعف.

(٢) كذا فى ط، وبياض فى أ.

(٣) أخرجه أبو يعلى (١٢/ ٤٠٢) رقم (٦٩٦٦)، والبزار كما فى المجمع (٥/ ٨٩)، وابن حبان (١٣٩٧ - موارد)، والبيهقى (١٠/ ٥) باب النهى عن التداوى بالمسكر، من حديث أم سلمة، قالت: «اشتكت ابنة لى فنبذت لها فى كوز، فدخل النبى ﷺ وهو يغلى، فقال: ما هذا؟ فقلت: إن ابنتى اشتكت فنبذت لها هذا، فقال: إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم». لفظ البيهقى وقال الباقون: «لم يجعل شفاءكم فى حرام»، وذكره الهيثمى فى المجمع (٥/ ٨٩)، وقال: رواه أبو يعلى، والبزار، ورجال أبو يعلى رجال الصحيح خلا حسان بن مخارق، وقد وثقه ابن حبان.

والأصح: جواز الاحتجاج برواية المستور، ورواه البيهقى أيضا.

أما الأحكام ففيها مسائل:

إحداها: أجمعت الأمة على أن المضطر إذا لم يجد طاهرا يجوز له أكل النجاسات كالميتة والدم ولحم الخنزير وما فى معناها، ودليله فى الكتاب، وفى وجوب هذا الأكل وجهان ذكرهما المصنف بدليلهما.

أصحهما: يجب، وبه قطع كثيرون أو الأكثرون، وصححه الباقون.

والثانى: لا يجب بل هو مباح، فإن أوجبنا الأكل فإنما يجب سد الرمق دون الشبع، صرح به الدارمى وصاحب البيان وآخرون، واتفقوا على أن المضطر إذا وجد طاهرا يملكه لزمه أكله.

الثانية: فى حد الضرورة: قال أصحابنا: لا خلاف أن الجوع القوى لا يكفى لتناول الميتة ونحوها، قالوا: ولا خلاف أنه لا يجب الامتناع إلى الإشراف على الهلاك، فإن الأكل حينئذ لا ينفع، ولو انتهى إلى تلك الحال لم يحل له أكلها؛ لأنه غير مفيد واتفقوا على جواز الأكل إذا خاف على نفسه لو لم يأكل من جوع أو ضعف على المشى أو عن الركوب وينقطع عن رفقته ويضيع ونحو ذلك، فلو خاف حدوث مرض مخوف فى جسمه فهو كخوف الموت، وإن خاف طول المرض فكذلك فى أصح الوجهين.

وقيل: إنهما قولان، ولو عيل صبره وأجهده الجوع فهل يحل له الميتة ونحوها؟ أم لا يحل حتى يصل إلى أدنى الرمق؟ فيه قولان ذكرهما البغوى وغيره.

أصحهما: الحل.

قال إمام الحرمين وغيره: ولا يشترط فيما يخافه تيقن وقوعه لو لم يأكل، بل يكفى غلبة الظن.

قالوا: كما أن المكره على أكل الميتة يباح له أكلها إذا ظن وقوع ما خوف به، ولا يشترط أن يعلم ذلك؛ فإنه لا يطلع على الغيب، وجملة جهات الظن مستندها الظن، والله تعالى أعلم.

الثالثة: قال أصحابنا: يباح للمضطر أن يأكل من الميتة ما يسد الرمق بلا خلاف ولا يباح له الزيادة على الشبع بلا خلاف، وفى حل الشبع قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما، وذكر إمام الحرمين وغيره أن الأصحاب نقلوا فى المسألة ثلاثة أقوال:

أحدها: لا يباح الشبع، وإنما يباح سد الرمق، وهو أن يصير إلى حالة لو كان عليها فى الابتداء لما جاز أكل الميتة؛ لأن الضرورة تزول بهذا، والتمادى فى أكل الميتة من غير ضرورة ممتنع.

والثانى: يباح الشبع.

قال إمام الحرمين: وليس معنى الشبع أن يمتلئ حتى لا يجد للطعام مساغا. ولكن إذا انكسرت سورة الجوع بحيث لا ينطبق[1] عليه اسم جائع أمسك.

والثالث: إن كان بعيدا من العمران حل الشبع وإلا فلا هكذا أطلق الخلاف جماهير الأصحاب فى الطريقين، ونقله إمام الحرمين هكذا عن الأصحاب ثم أنكره عليهم، وقال: الذى يجب القطع به التفصيل، وذكر هو والغزالى تفصيلا جاء نقله[2] أنه إن كان فى بادية وخاف إن ترك الشبع ألا يقطعها ويهلك، وجب القطع بأنه يشبع، وإن كان فى بلد وتوقع طعاما طاهرا قبل عودة الضرورة وجب القطع بالاقتصار على سد الرمق، وإن كان لا يظهر حصول طعام طاهر وأمكن الحاجة إلى العود إلى أكل الميتة مرة بعد أخرى إن لم يجد الطاهر فهذا محل الخلاف.

وهذا التفصيل الذى ذكره الإمام والغزالى تفصيل حسن، وهو الراجح.

واختلف الأصحاب فى الراجح من الخلاف:

فرجح أبو على الطبرى فى الإفصاح والرويانى وغيرهما حل الشبع.

ورجح القفال وكثيرون وجوب الاقتصار على سد الرمق وتحريم الشبع، وهذا هو الصحيح، والله سبحانه أعلم.

الرابعة: قال أصحابنا: يجوز له التزود من الميتة إن لم يرج الوصول إلى طاهر، فإن رجاه فوجهان:

أحدهما: لا يجوز. وبه قطع البغوى وغيره.

وأصحهما: يجوز. وبه قطع القفال وغيره، وزاد القفال فقال: يجوز حمل الميتة من غير ضرورة، ما لم يتلوث بها.

الخامسة: إذا جوزنا الشبع فأكل ما سد رمقه ثم وجد لقمة حلالا لم يجز أن يأكل

---

(١) فى أ: ينطلق.

(٢) فى أ: حاصله.

من الميتة حتى يأكل تلك اللقمة، فإذا أكلها هل له إتمام الأكل من الميتة إلى الشبع؟ فيه وجهان حكاهما البغوى عن شيخه القاضى حسين:

أصحهما: له ذلك؛ لأنه كان مباحا.

والثانى: لا؛ لأنه بوجود اللقمة عاد إلى المنع فيحتاج إلى عود الضرورة.

فرع: لو لم يجد المضطر إلا طعام غيره وهو غائب أو ممتنع من البذل فله الأكل منه بلا خلاف، وهل له الشبع؟ أم يلزمه الاقتصار على سد الرمق؟ فيه طرق:

أصحها: طرد الخلاف كالميتة.

والثانى: يباح الشبع قطعا.

والثالث: يحرم قطعا، بل يقتصر على سد الرمق.

السادسة: فى بيان جنس المباح: قال أصحابنا: المحرم الذى يحتاج المضطر إلى تناوله ضربان: مسكر وغيره.

أما المسكر فسنذكره إن شاء الله تعالى بعد انقضاء هذه المسائل، حيث ذكره المصنف بعد هذا.

وأما غير المسكر فيباح جميعه ما لم يكن فيه إتلاف معصوم؛ فيجوز للمضطر أكل الميتة والدم ولحم الخنزير وشرب البول وغير ذلك من النجاسات، ويجوز له قتل الحربى والمرتد وأكلهما بلا خلاف.

وأما الزانى المحصن والمحارب وتارك الصلاة ففيهم وجهان:

أصحهما - وبه قطع إمام الحرمين والمصنف والجمهور -: يجوز؛ قال الإمام: لأنا إنما منعنا من قتل هؤلاء تفويضا إلى السلطان لئلا يفتات عليه، وهذا العذر لا يوجب التحريم عند تحقق ضرورة المضطر.

وأما إذا وجد المضطر من له عليه قصاص فله قتله قصاصا وأكله سواء حضره السلطان أم لا؛ لما ذكرناه فى المسألة قبلها صرح به البغوى وآخرون.

وأما نساء أهل الحرب وصبيانهم ففيهم وجهان:

أحدهما - وبه قطع البغوى -: لا يجوز قتلهم للأكل؛ لأن قتلهم حرام فأشبه الذمى.

والثانى - وهو الأصح -: يجوز، وبه قال إمام الحرمين والغزالى؛ لأنهم ليسوا معصومين، وليس المنع من قتلهم لحرمة نفوسهم، بل لحق الغانمين، ولهذا لا

تجب الكفارة على قاتلهم.

وأما الذمى والمعاهد والمستأمن فمعصومون، فيحرم قتلهم للأكل بلا خلاف، ولا خلاف أنه لا يجوز لوالد[(١)] قتل ولده ليأكله، ولا للسيد قتل عبده ليأكله، وإن كان لا قصاص عليه فى قتله؛ لأنه معصوم.

أما إذا لم يجد المضطر إلا آدميا ميتا معصوما ففيه طريقان: أصحهما وأشهرهما: يجوز، وبه قطع المصنف والجمهور.

والثانى: فيه وجهان حكاهما[(٢)] البغوى:

الصحيح: الجواز؛ لأن حرمة الحى آكد.

والثانى: لا؛ لوجوب صيانته، وليس بشىء.

وقال الدارمى: إن كان الميت كافرا حل أكله، وإن كان مسلما فوجهان، ثم إن الجمهور أطلقوا المسألة، قال الشيخ إبراهيم المروزى: لا، إذا كان الميت نبيا فلا يجوز الأكل منه بلا خلاف؛ لكمال حرمته ومزيته على غير الأنبياء.

قال الماوردى: فإن[(٣)] جوزنا الأكل من الآدمى الميت فلا يجوز أن نأكل منه إلا ما يسد الرمق بلا خلاف حفظا للحرمتين، قال: وليس له طبخه وشيه، بل يأكله نيئا؛ لأن الضرورة تندفع بذلك وفى طبخه هتك لحرمته، فلا يجوز الإقدام عليه بخلاف سائر الميتات، فإن للمضطر أكلها نيئة ومطبوخة، ولو كان المضطر ذميا ووجد مسلما [ميتا][(٤)] ففى حل أكله له وجهان حكاهما البغوى، ولم يرجح واحدا منهما، والقياس تحريمه لكمال شرف الإسلام.

ولو وجد ميتة ولحم آدمى أكل الميتة، ولم يجز أكل الآدمى سواء كانت الميتة خنزيرا أو غيره، ولو وجد المحرم صيدا ولحم آدمى أكل الصيد لحرمة الآدمى.

فرع: لو أراد المضطر أن يقطع من نفسه من فخذه أو غيرها ليأكلها، فإن كان الخوف منه كالخوف فى ترك الأكل أو أشد، حرم القطع بلا خلاف، وصرح به إمام الحرمين وغيره، وإلا ففيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما.

---

(١) فى أ: للوالد.
(٢) فى أ: حكاه.
(٣) فى أ: فإذا.
(٤) سقط فى ط.

أصحهما: جوازه. وهو قول ابن سريج وأبى إسحاق المروزى.

والثانى: لا يجوز، اختاره أبو على الطبرى، وصححه الرافعى فى المحرر.

والصحيح الأول، وممن صححه الرافعى فى الشرح والنسخ[١]، وإذا جوزناه فشرطه ألا يجد شيئا غيره، فإن وجد حرم القطع بلا خلاف.

ولا يجوز أن يقطع لنفسه من معصوم غيره بلا خلاف، وليس للغير أن يقطع من أعضائه شيئا ليدفعه إلى المضطر بلا خلاف، صرح به إمام الحرمين والأصحاب.

السابعة: إذا وجد المضطر طعاما حلالا طاهرا لغيره فله حالان:

أحدهما: أن يكون صاحبه حاضرا.

الثانى: أن يكون غائبا.

فإن حضر نظر: إن كان المالك مضطرا إليه أيضا فهو أولى به، وليس للآخر أن يأخذه منه إذا لم يفضل عن حاجته، إلا أن يكون غير المالك نبيا، فإنه يجب على المالك بذله له، هكذا قالوه، والحكم صحيح، لكن المسألة غير متصورة فى هذه الأزمان، وتتصور فى زمن نزول عيسى ابن مريم عليه السلام[٢] وقد تكون مسألة علمية، والله أعلم.

قال أصحابنا: فإن آثر المالك غيره على نفسه فقد أحسن، قال الله تعالى: ﴿وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾ [الحشر: ٩]

قالوا: وإنما يجوز أن يؤثر على نفسه مسلما، فأما الكافر فلا يؤثره حربيا كان أو ذميا، وكذا لا يؤثر على نفسه بهيمة، والله أعلم.

أما إذا لم يكن المالك مضطرا فيلزمه إطعام المضطر، مسلما كان أو ذميا أو مستأمنا، وكذا لو كان يحتاج إليه فى ثانى الحال على أصح الوجهين، وللمضطر أن يأخذه قهرا، وله مقاتلة المالك عليه، فإن أتى القتال على نفس المالك فلا ضمان فيه، وإن قتل المالك المضطر فى الدفع عن طعام لزمه القصاص، وإن منعه الطعام فمات جوعا فلا ضمان.

قال الماوردى: ولو قيل: يضمن، لكان مذهبا.

قال أصحابنا: وفى القدر الذى يلزم المالك بذله، ويجوز للمضطر أخذه قهرا،

(١) فى أ: الشيخ.
(٢) فى أ: ﷺ.

والقتال عليه قولان:

أصحهما: ما يسد الرمق.

والثانى: قدر الشبع بناء على القولين فيما يحل له من الميتة.

وهل يجب على المضطر الأخذ قهرا والقتال؟ فيه خلاف مرتب على الخلاف فى وجوب أكل الميتة، وأولى بألا يجب.

والأصح هنا أنه يجب الأخذ قهرا ولا يجب القتال؛ لأنه إذا لم يجب دفع الصائل فهنا أولى، وخص البغوى الخلاف بما إذا لم يكن عليه خوف فى الأخذ قهرا، قال: فإن خاف لم يجب قطعا، وحيث أوجبنا على المالك بذله للمضطر ففى الحاوى وجه ضعيف: أنه يلزمه بذله مجانا، ولا يلزم المضطر شىء كما يأكل الميتة بلا شىء.

والمذهب: أنه لا يلزمه البذل إلا بعوض، وبهذا قطع الجمهور وفرقوا بينه وبين ما إذا خلص مشرفا على الهلاك بالوقوع فى ماء أو نار فإنه لا يثبت له أجرة المثل بلا خلاف، بأن هناك يلزمه التخليص ولا يجوز تأخيره إلى تقدير الأجرة، وهنا بخلافه.

وسوى القاضى أبو الطيب الطبرى وغيره بينهما وقالوا: إن احتمل الحال هناك موافقة على أجرة يبذلها أو يلتزمها لم يلزم تخليصه حتى يلتزمها، كما فى المضطر، وإن لم يحتمل الحال التأخير فى صورة المضطر فأطعمه، لم يلزمه العوض، فلا فرق بينهما.

ثم إن بذل المالك طعامه مجانا، لزمه قبوله ويأكل منه حتى يشبع.

وإن بذله بالعوض نظر:

إن لم يقدر العوض لزم المضطر بذله، وهو مثله إن كان مثليا، وإن كان متقوما لزمه قيمة ما أكل فى ذلك الزمان والمكان، وله أن يأكل حتى يشبع.

وإن قدر له العوض، فإن لم يفرد ما يأكله فالحكم كذلك، وإن[1] أفرده كان المقدر ثمن المثل فالبيع صحيح، وللمضطر ما فضل عن الآخر، وإن كان أكثر من ثمن المثل والتزمه ففيما يلزمه أوجه:

أصحها: عند القاضى أبى الطيب: يلزمه المسمى؛ لأنه التزمه بعقد لازم.

---

(١) فى أ: فإن.

أصحها: عند الرويانى: لا يلزمه إلا ثمن المثل فى ذلك الزمان والمكان؛ لأنه كالمكره.

والثالث - وهو اختيار الماوردى -: إن كانت الزيادة لا تشق على المضطر ليسار[1] لزمته، وإلا فلا.

قال أصحابنا: وينبغى للمضطر أن يحتال فى أخذه منه ببيع فاسد ليكون الواجب القيمة بلا خلاف.

قال الرافعى: وقد يفهم من كلامهم القطع بصحة البيع وأن الخلاف فيما يلزمه ثمنا لكن الوجه جعل الخلاف فى صحة العقد لمعنى، وأن المضطر هل هو مكره أم لا؟

وفى تعليق الشيخ أبى حامد ما يبين ذلك، وقد صرح به إمام الحرمين وقال: الشراء بالثمن الغالى لضرورة[2] هل تجعله كرها[3] حتى لا يصح الشراء؟ فيه وجهان: أقيسهما: صحة البيع.

قال: وكذا المصادر من جهة السلطان الظالم إذا باع ماله للضرورة فى المصادرة ودفع الأذى الذى يخافه فيه وجهان:

أصحهما: صحة البيع؛ لأنه لا إكراه على نفس البيع، ومقصود الظالم تحصيل المال من أى جهة كان، وبهذا قطع الشيخ إبراهيم المروزى، واحتج به لوجه لزوم المسمى فى مسألة المضطر.

فرع: متى باع للمضطر[4] بثمن المثل ومع المضطر مال، لزمه شراؤه وصرف ما معه من المال إلى الثمن حتى لو كان معه ساتر عورته لزمه صرفه إليه إن لم يخف الهلاك بالبرد ويصلى عاريا؛ لأن كشف العورة أخف من أكل الميتة، ولهذا يجوز أخذ الطعام قهرا، ولا يجوز أخذ ساتر العورة قهرا، فإن لم يكن معه مال لزمه التزامه فى ذمته، سواء كان له مال فى موضع آخر أم لا، ويلزم المالك فى هذا الحال البيع نسيئة.

---

(١) فى أ: ليساره.
(٢) فى أ: للضرورة.
(٣) فى أ: مكرهًا.
(٤) فى أ: المضطر.

قال أصحابنا: والشراء هنا واجب بلا خلاف، ولا يجيء فيه الوجه السابق أنه لا يجب الأكل من الميتة بل يجوز؛ لأن ذلك القائل يقول: لا يجب؛ لأن فيه مباشرة النجاسة، وهذا مقصود[١] فى مسألة الطعام الطاهر.

فرع: ليس للمضطر الأخذ قهرا إذا بذل المالك بثمن المثل، فإن طلب أكثر من ثمن المثل فله ألا يقبل، ويأخذه قهرا ويقاتله [عليه][٢].

فإن اشتراه بالزيادة مع إمكان أخذه قهرا فهو مختار فى الزيادة فيلزمه المسمى بلا خلاف، والخلاف السابق إنما هو فيمن عجز عن الأخذ قهرا.

فرع: لو أطعمه المالك ولم يصرح بالإباحة فوجهان:

الأصح: أنه لا عوض عليه، ويحمل على الإباحة والمسامحة المعتادة بالطعام.

والثانى: يلزمه العوض، وهو شبيه بالخلاف فيمن عرف بالعمل بأجرة إذا استعمله إنسان بغير شرط أجرة، والأصح: أنها لا تجب.

ولو اختلفا فقال المالك: أطعمتك بعوض، فقال المضطر: بل مجانا، فوجهان حكاهما صاحبا العدة والبيان قولين.

أصحهما: يصدق المالك؛ لأنه أعرف بدفعه.

والثانى: المضطر؛ لأن الأصل براءته.

ولو أوجر المالك المضطر قهرا أو أوجره وهو مغمى عليه فهل يستحق القيمة عليه؟ فيه وجهان:

أصحهما: يستحق؛ لأنه خلصه من الهلاك، كمن عفا عن القصاص، ولما فيه من التحريض على مثل ذلك.

فرع: كما يجب بذل المال لإبقاء الآدمى المعصوم، يجب بذله لإبقاء البهيمة المحترمة، وإن كانت ملكا للغير، ولا يجب البذل للحربى ولا للمرتد والكلب العقور، ولو كان لرجل كلب مباح المنفعة جائع وشاة، لزمه ذبح الشاة لإطعام الكلب.

قال البغوى: وله أن يأكل من لحمها؛ لأنها ذبحت للأكل.

---

(١) فى أ: مفقود.
(٢) سقط فى ط.

قال القاضى حسين: ولو كان معه كلب مضطر ومع غيره شاة ليس مضطراً إليها، لزمه بذلها له.

فإن امتنع فلصاحب الكلب قهره ومقاتلته لما سبق، والله أعلم.

الحال الثانى: أن يكون المالك غائبا فيجوز للمضطر أكل طعامه ويغرم له بدله، وفى وجوب الأكل والقدر المأكول ما سبق من الخلاف.

وإن كان الطعام لصبى أو مجنون، والولى غائب، فكذلك الحكم، وإن كان حاضرا فهو فى مالهما ككامل الحال فى ماله.

قال أصحابنا: وهذه إحدى الصور التى يجوز فيها بيع مال الصبى نسيئة، والله أعلم.

المسألة الثامنة: إذا وجد المضطر ميتة وطعام الغير وهو غائب، فثلاثة أوجه، وقيل: ثلاثة أقوال:

أصحها: يجب أكل الميتة.

والثانى: يجب أكل الطعام، ودليلهما فى الكتاب.

والثالث: يتخير بينهما.

وأشار إمام الحرمين إلى أن هذا الخلاف مأخوذ من الخلاف فى اجتماع حق الله تعالى وحق الآدمى.

ولو كان صاحب الطعام حاضرا: فإن بذله بلا عوض أو بثمن مثله، أو بزيادة يتغابن الناس بمثلها، ومعه ثمنه، أو رضى بذمته، لزمه القبول، ولم يجز أكل الميتة، فإن لم يبعه إلا بزيادة كثيرة، فالمذهب والذى قطع به العراقيون والطبريون وغيرهم: أنه لا يلزمه شراؤه، لكن يستحب، وإذا لم يلزمه الشراء فهو كما إذا لم يبذله أصلا، وإذا لم يبذله لم[1] يقاتله عليه المضطر، إن خاف من المقاتلة على نفسه، أو خاف إهلاك المالك فى المقاتلة، بل يعدل إلى الميتة، وإن كان لا يخاف لضعف المالك وسهولة دفعه فهو على الخلاف المذكور فيما إذا كان غائبا.

هذا كله تفريع على المذهب الصحيح.

وقال البغوى: يشتريه بالثمن الغالى ولا يأكل الميتة، ثم يجىء الخلاف السابق

---

(١) فى أ: لا.

فى أنه يلزمه المسمى؟ أم ثمن المثل؟ قال: وإذا لم يبذل أصلا، وقلنا: طعام الغير أولى من الميتة يجوز أن يقاتله ويأخذه قهرا، والله أعلم.

التاسعة: لو اضطر محرم ولم يجد إلا صيدا فله ذبحه وأكله، ويلزمه الفدية، وقد سبقت المسألة فى كتاب الحج، وإن وجد صيدا وميتة، [فله طريقان ذكرهما][1] المصنف والأصحاب:

أحدهما: أنه مبنى على القولين السابقين فى كتاب الحج: أن المحرم إذا ذبح صيدا هل يصير ميتة؟ فيحرم على جميع الناس؟ أم لا يكون ميتة فلا يحرم على غيره؟.

والأصح: أنه يصير ميتة.

فإن قلنا: يصير ميتة أكل الميتة وإلا فالصيد.

والطريق الثانى: إن قلنا: يصير ميتة أكل الميتة، وإلا فأيهما يأكل؟ فيه قولان، ودليل الجميع فى الكتاب، ومن الأصحاب من حكى فى المسألة ثلاثة أقوال أو أوجه:

أصحها: يلزمه أن يأكل الميتة.

والثانى: يلزمه أكل الصيد.

والثالث: يتخير، وحكاه الدارمى عن أبى على بن أبى هريرة.

والصحيح على الجملة: وجوب أكل الميتة.

ولو وجد المحرم لحم صيد مذبوح وميتة، فإن كان ذابحه حلالا ذبحه لنفسه فهذا مضطر وجد ميتة وطعام الغير، وقد سبق حكمه، وإن ذبحه هذا المحرم قبل إحرامه فهو واجد طعام حلال لنفسه، فليس مضطرا، فإن ذبحه فى الإحرام أو ذبحه محرم آخر وقلنا: هو حرام على كل أحد، فثلاثة أوجه:

أصحها: يتخير بينهما.

والثانى: يتعين لحم الصيد.

والثالث: الميتة.

وقال الدارمى: إن قلنا: إنه ميتة، أكل من أيهما شاء، وغير الصيد أولى.

---

(١) سقط فى ط.

وإن قلنا: ليس بميتة فوجهان:

أحدهما: يأكله.

والثانى: يأكل الميتة.

ولو وجد المحرم صيدا وطعام الغير، فثلاثة أوجه أو أقوال، سواء جعلناه ميتة أم لا:

أحدها: يتعين الصيد.

والثانى: الطعام.

والثالث: يتخير.

هذا إذا كان مالك الطعام غائبا، فإن حضر ومنعه تعين الصيد، وإن بذله تعين الطعام صرح به الدارمى وغيره.

وإن وجد ميتة وصيدا وطعام الغير، فسبعة أوجه، ذكرها إمام الحرمين وغيره:

أصحها: يتعين[1] الميتة.

والثانى: الصيد.

والثالث: الطعام.

والرابع: يتخير بين الثلاثة.

والخامس: يتخير بين الطعام والميتة.

والسادس: يتخير بين الصيد والميتة.

والسابع: بين الصيد والطعام.

فرع: إذا لم نجعل ما يذبحه المحرم من الصيد ميتة، فهل على المضطر قيمة ما أكله منه؟ فيه وجهان بناء على القولين فى المحرم، هل يستقر ملكه على الصيد؟.

العاشرة: إذا وجد ميتتان إحداهما من جنس المأكول دون الأخرى، أو إحداهما طاهرة فى الحياة دون الأخرى، كشاة وحمار، أو كلب، فهل يتخير بينهما؟ أم تتعين الشاة؟ فيه وجهان:

أصحهما: ترك الكلب والتخيير فى الباقى، والله أعلم.

والحادية عشرة: لا يجوز للعاصى بسفره أكل الميتة حتى يتوب.

---

(١) فى أ: تتعين.

هذا هو الصحيح المشهور؛ لقول الله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٧٣] وفيه وجه ضعيف: أنها تحل له، وقد سبق بيان المسألة واضحة فى باب مسح الخف، وباب صلاة المسافر[١].

الثانية عشرة: نص الشافعى - رحمه الله - أن المريض إذا وجد مع غيره طعاما يضره ويزيد فى مرضه، جاز له تركه وأكل الميتة.

قال أصحابنا: وكذا لو كان الطعام له، وعدوا هذا من أنواع الضرورة، وكذا التداوى بالنجاسات كما سنوضحه إن شاء الله تعالى قريبا.

فرع: قال الشافعى - رحمه الله -: وإذا اضطر ووجد من يطعمه ويسقيه فليس له الامتناع إلا فى حالة واحدة، وهى إذا خاف أن يطعمه أو يسقيه مسموما، فله تركه وأكل الميتة، والله أعلم.

الثالثة عشرة: إذا اضطر إلى شرب الدم أو البول أو غيرهما من النجاسات المائعة غير المسكر، جاز له شربه بلا خلاف، وإن اضطر وهناك خمر وبول لزمه شرب البول، ولم يجز شرب الخمر بلا خلاف؛ لما ذكره المصنف.

وأما التداوى بالنجاسات غير الخمر فهو جائز سواء فيه جميع النجاسات غير المسكر، هذا هو المذهب والمنصوص، وبه قطع الجمهور.

وفيه وجه: أنه لا يجوز؛ لحديث أم سلمة المذكور فى الكتاب.

ووجه ثالث: أنه يجوز بأبوال الإبل خاصة؛ لورود النص فيها، ولا يجوز بغيرها، حكاهما الرافعى، وهما شاذان.

والصواب الجواز مطلقا؛ لحديث أنس - رضى الله عنه: «أَنَّ نَفَرًا مِنْ عُرَيْنَةَ - وَهِى قَبِيلَةٌ مَعْرُوفَةٌ بِضَمِّ الْعَيْنِ الْمُهْمَلَةِ وَبِالنُّونِ - أَتَوْا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَبَايَعُوهُ عَلَى الإِسْلَامِ فَاسْتَوْخَمُوا الْمَدِينَةَ، فَسَقِمَتْ أَجْسَامُهُمْ فَشَكَوْا ذَلِكَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: أَلَا تَخْرُجُونَ مَعَ رَاعِينَا فِى إِبِلِهِ فَتُصِيبُونَ مِنْ أَبْوَالِهَا وَأَلْبَانِهَا؟ قَالُوا: بَلَى فَخَرَجُوا فَشَرِبُوا مِنْ أَلْبَانِهَا وَأَبْوَالِهَا فَصَحُّوا، فَقَتَلُوا رَاعِى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَطْرَدُوا النَّعَمَ»[٢]، رواه البخارى ومسلم من روايات كثيرة، هذا لفظ إحدى روايات

---

(١) فى أ: المسافرين.

(٢) أخرجه البخارى (١٤/٦٧) كتاب الحدود باب لم يحسم النبى المحاربين من أهل الردة (٦٨٠٣) (٦٨٠٤) (٦٨٠٥)، ومسلم (٣/١٢٩٦) كتاب القسامة باب حكم المحاربين =

البخارى، وفى رواية: «فَأَمَرَهُمْ أَنْ يَشْرَبُوا أَبْوَالَهَا وَأَلْبَانَهَا».

قال أصحابنا: وإنما يجوز التداوى بالنجاسة إذا لم يجد طاهرا يقوم مقامها، فإن وجده حرمت النجاسات[١] بلا خلاف، وعليه يحمل حديث: «إِنَّ اللَّهَ لَمْ يَجْعَلْ شِفَاءَكُمْ فِيمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ» فهو حرام عند[٢] وجود غيره، وليس حراما إذا لم يجد غيره.

قال أصحابنا: وإنما يجوز ذلك إذا كان المتداوى عارفا بالطب، يعرف أنه لا يقوم غير هذا مقامه، أو أخبره بذلك طبيب مسلم عدل[٣]، ويكفى طبيب واحد، صرح به البغوى وغيره.

فلو قال الطبيب: يتعجل لك به الشفاء، وإن تركته تأخر، ففى إباحته وجهان، حكاهما البغوى، ولم يرجح واحدا منهما، وقياس نظيره فى التيمم أن يكون الأصح جوازه.

أما الخمر والنبيذ وغيرهما من المسكر فهل يجوز شربها للتداوى أو العطش؟ فيه أربعة أوجه مشهورة:

الصحيح عند جمهور الأصحاب: لا يجوز فيهما.

والثانى: يجوز.

والثالث: يجوز للتداوى دون العطش.

والرابع: عكسه.

قال الرافعى: الصحيح عند الجمهور: لا يجوز لواحد منهما.

ودليله: حديث وائل بن حجر - رضى الله عنه -: «أَنَّ طَارِقَ بْنَ سُوَيْدٍ الْجُعْفِى سَأَلَ النَّبِى ﷺ عَنْ الْخَمْرِ فَنَهَاهُ أَوْ كَرِهَ أَنْ يَصْنَعَهَا، فَقَالَ: إِنَّمَا أَصْنَعُهَا لِلدَّوَاءِ، فَقَالَ: إِنَّهُ لَيْسَ بِدَوَاءٍ وَلَكِنَّهُ دَاءٌ»[٤] رواه مسلم فى صحيحه.

= والمرتدين (٩/ ١٦٧١)، والبغوى فى شرح السنة (٥/ ٤٤٣) (٢٥٦٣).

(١) فى أ: النجاسة.

(٢) فى أ: فى حال.

(٣) فى أ: نبه.

(٤) أخرجه مسلم (٣/ ١٥٧٣) فى كتاب الأشربة باب تحريم التداوى بالخمر (١٢/ ١٩٨٤). وأبو داود (٢/ ٤٠٠)، وفى كتاب الطب باب فى الأدوية المكروهة (٣٨٧٣).

واختار إمام الحرمين والغزالى جوازها للعطش دون التداوى
والمذهب الأول، وهو تحريمها لهما.
وممن صححه المحاملى وسأورد دليله قريبا إن شاء الله تعالى.

فإن جوزنا شربها للعطش: فإن كان معه خمر وبول لزمه شرب البول وحرم الخمر؛ لأن تحريم البول[1] أخف.

قال أصحابنا: فهذا كمن وجد بولا وماء نجسا فإنه يشرب الماء النجس؛ لأن نجاسته طارئة.

وفى جواز التبخر بالند المعجون بالخمر وجهان بسبب دخانه: أصحهما: جوازه؛ لأنه ليس دخان نفس النجاسة، والله أعلم.

فرع: قد ذكرنا أن المذهب الصحيح تحريم الخمر للتداوى والعطش، وأن إمام الحرمين والغزالى اختارا جوازها للعطش؛ قال إمام الحرمين: الخمر يسكن العطش فلا يكون استعمالها فى حكم العلاج، قال: ومن قال: إن الخمر لا يسكن العطش فليس على بصيرة، ولا يعد قوله مذهبا، بل هو غلط ووهم بل معاقر الخمر يجتزئ بها عن الماء، هذا كلامه، وليس هو كما ادعى، بل الصواب المشهور عن الشافعى وعن الأصحاب والأطباء أنها لا تسكن العطش بل تزيده والمشهور من عادة شربة الخمر أنهم يكثرون شرب الماء، وقد نقل الروياني أن الشافعى - رحمه الله - نص على المنع من شربها للعطش معللا بأنها تجيع وتعطش.

وقال القاضى أبو الطيب: سألت من يعرف ذلك، فقال: الأمر كما قال الشافعى: إنها تروى فى الحال ثم تثير عطشا عظيما.

وقال القاضى حسين فى تعليقه: قالت الأطباء: الخمر تزيد فى العطش وأهل الشرب يحرصون على الماء البارد، فحصل بما ذكرناه أنها لا تنفع فى دفع العطش، وحصل بالحديث الصحيح السابق فى هذه المسألة أنها لا تنفع فى الدواء فثبت تحريمها مطلقا، والله تعالى أعلم.

فرع: لو غص بلقمة ولم يجد شيئا يسيغها به إلا الخمر فله إساغتها به بلا خلاف، نص عليه الشافعى، واتفق عليه الأصحاب وغيرهم، بل قالوا: يجب عليه

---

(١) فى أ: الخمر.

ذلك؛ لأن السلامة من الموت بهذه الإساغة قطعية بخلاف التداوى وشربها للعطش،

قال أهل اللغة: يقال: غص - بفتح الغين لا بضمها - يغص - بفتحها أيضا - غصصا - بالفتح أيضا - فهو غاص وغصان وأغصصته، والله أعلم.

فرع: قال البيهقى: قال الشافعى: لا يجوز أكل الترياق المعمول بلحم[1] الحيات إلا أن يكون فى حال الضرورة حيث تجوز الميتة، هذا لفظه.

واحتج البيهقى فى المسألة بحديث ابن عمرو بن العاص - رضى الله عنهما - قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «مَا أُبَالِى مَا أَتَيْتُ إِنْ أَنَا شَرِبْتُ تِرْيَاقًا، أَوْ تَعَلَّقْتُ تَمِيمَةً، أَوْ قُلْتُ الشِّعْرَ مِنْ قِبَلِ نَفْسِى»[2] رواه أبو داود بإسناد فيه ضعف، ومعناه: أن هذه الثلاثة سواء فى كونها مذمومة.

فرع: فى مذاهب العلماء فى مسائل من أحكام المضطر:

إحداها: أجمعوا أنه يجوز له الأكل من الميتة والدم ولحم الخنزير ونحوها للآية الكريمة.

وفى قدر المأكول قولان للشافعى سبقا.

أصحهما: سد الرمق وبه قال أبو حنيفة[3] وداود[4].

---

(١) فى أ: بلحوم.

(٢) أخرجه أحمد (٢/ ١٦٧، ٢٢٣).

وأبو داود (٢/ ٣٩٩) فى كتاب الطب باب فى الترياق (٣٨٦٩).

(٣) قال فى الفتاوى الهندية أنه لا بأس بأن يأكل الإنسان الميتة فى حالة المخمصة قدر ما يدفع به الهلاك عن نفسه. واختلفوا فى حكم أكله.

قيل: أكله حرام إلا أنه وضع الإثم عنه.

وقيل: هو حلال لا يسعه أن يتركه كذا فى الغرائب.

ولو خاف الإنسان على نفسه الموت من الجوع ومع رفيق له طعام ذكر فى الروضة أنه يجوز له أن يأخذ من الطعام قدر ما يدفع جوعه على شرط الضمان، كذا فى الخلاصة ومن أصابته مخمصة وعنده طعام رفيقه فلم يأخذ منه كرها بالقيمة بل صبر حتى مات جوعا يثاب كذا فى القنية.

وإن اضطر إلى طعام والمالك يمنعه وسعه أن يأخذ منه ولا يقاتله عليه ولو ترك حتى مات كان فى سعة.

ولو أن مضطرا لم يجد ميتة وخاف الهلاك فقال له رجل اقطع يدى وكلها أو قال اقطع منى قطعة وكلها فإنه لا يسعه أن يفعل ذلك ولا يصح أن يؤمر به، كما لا يسع للمضطر أن يقطع قطعة من نفسه فيأكل. كذا فى فتاوى قاضيخان ومن امتنع عن أكل الميتة حالة المخمصة أو صام ولم يأكل حتى مات يأثم كذا فى الاختيار شرح المختار، ولو جاع =

والثانى: قدر الشبع.
وعن مالك[١] وأحمد[٢] روايتان كالقولين.

= ولم يأكل مع قدرته حتى مات يأثم كذلك.
وذكر صاحب الفتاوى الهندية أنهم تكلموا فى حد الاضطرار الذى يحل له الميتة فقيل: يكون الشخص مضطرا إذا كان بحال يخاف فيها على نفسه التلف روى عن ابن المبارك رحمه الله تعالى أنه قال إذا كان بحال لو دخل السوق لا ينظر إلى شىء سوى الحرام.
وقيل: يكون مضطرا إذا كان يضعف عن أداء الفرائض.
وقيل: بعد ثلاثة أيام.
والصحيح أنه غير مؤقت لأنه يختلف باختلاف طبائع الناس. ينظر الفتاوى الهندية ٥/ ٣٣٧.

(٤) قال فى المحلى إن كل ما حرم الله عز وجل من المآكل والمشارب من خنزير أو صيد حرام أو ميتة أو دم أو لحم سبع أو طائر أو ذى أربع أو حشرة أو خمر، أو غير ذلك فهو كله حلال عند الضرورة، حاشا لحوم بنى آدم وما يقتل من تناوله فلا يحل من ذلك شىء أصلا لا بضرورة ولا بغيرها. فمن اضطر إلى شىء مما ذكرنا قبل ولم يجد مال مسلم أو ذمى فله أن يأكل حتى يشبع وله أن يتزود حتى يجد حلالا، فإذا وجده عاد الحلال من ذلك حراما كما كان عند ارتفاع الضرورة وحد الضرورة أن يبقى يوما وليلة لا يجد فيها ما يأكل أو ما يشرب فإن خشى الضعف المؤذى الذى إن تمادى أدى إلى الموت أو قطع به عن طريقه وشغله حل له الأكل والشرب فيما يدفع به عن نفسه الموت بالجوع أو العطش وكل ما ذكرنا سواء لا فضل لبعضها على بعض إن وجد منها نوعين أو أنواعا فيأكل ما شاء منها فلا معنى للتذكية فيها.
أما تحليل كل ذلك للضرورة فلقول الله تبارك وتعالى ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾ فأسقط تعالى تحريم ما فصل تحريمه عند الضرورة فعم ولم يخص فلا يجوز تخصيص شىء من ذلك.
وأما استثناء لحوم بنى آدم فللأمر بمواراتها فلا يحل غير ذلك وأما ما يقتل فإنما أبيحت المحرمات خوف الموت أو الضرر فاستعجال الموت لا يحل لقول الله تعالى ﴿ولا تقتلوا أنفسكم﴾ وأما تحديدنا ذلك ببقاء يوم وليلة بلا أكل فلتحريم النبى ﷺ الوصال يوما وليلة.
ولا يحل شىء مما ذكرنا لمن كان فى طريق بغى على المسلمين أو ممتنعا من حق، بل كل ذلك حرام عليه، فإن لم يجد ما يأكل فليتب مما هو فيه وليمسك عن البغى وليأكل حينئذ وليشرب مما اضطر إليه حلالا له فإن لم يفعل فهو عاص لله تعالى فاسق آكل حرام وذلك لقول الله تعالى ﴿فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم﴾ وقوله ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه﴾ فإنما أباح الله تعالى ما حرمه بالضرورة لمن لم يتجانف لإثم ومن لم يكن باغيا ولا عاديا. ينظر المحلى لابن حزم الظاهرى (٧/ ٤٢٧).

(١) قال فى شرح الخرشى أن الإنسان إذا خاف على نفسه الهلاك بأن علم ذلك أو ظنه فإنه يباح له فى هذه الحالة أن يأكل من الميتة بقدر ما يسد الرمق ولا يشبع، وبه قال ابن حبيب وابن الماجشون وأبوه فيما إذا كانت الضرورة نادرة أما إن كانت دائمة فلا خلاف فى جواز الشبع =

....

= قاله ابن العربى.

وأما جنس الطعام المباح فى هذه الحال فهو كل ما يرد جوعا أو عطشا برفع الضرورة أو تخفيفها كالأطعمة النجسة والميتة من كل حيوان غير الآدمى، قال ابن القاسم: ولا يقرب المضطر ضوال الإبل قال العدوى رحمه الله تعالى: إلا أن تتعين طريقا لنجاته وقاله ابن وهب. وقال ابن العربى رحمه الله تعالى: ولا يأكل ابن آدم وإن مات. قاله علماؤنا. ولا فرق بين ميتة المسلم والكافر فى الحرمة. وهل هى تعبد - وهو المشهور - أو للأذية لما قيل: إنها إذا جافت صارت سما.

ويقدم المضطر فى التناول للضرورة الميتة التى لم تتغير ويخشى من أكلها على الخنزير لأن لحمه حرام لذاته والميتة حرام لوصفها فهى أخف، ولأن الميتة تحل حية - ولو على قول فى مذهبنا أو غيره - والخنزير لا يحل مطلقا. وكذا يقدم الميتة على ما صاده المحرم وإن ذبحه غيره أو ذبحه المحرم وإن صاده حلال وهذا حيث كان المضطر محرما.

وأما إن كان حلالا وصاد المحرم صيدا وذبحه الحلال فإنه يقدمه على الميتة لأن التحريم فيه من جهة واحدة. ويفهم من كلامه تقديم صيد المحرم على الخنزير، وكذا يقدم ما اختلف فى تحريمه كالبغال والحمير على ما اتفق على تحريمه كالخنزير.

وإذا وجد المضطر ما صاده محرم آخر أو ما صيد له بعد ما ذبح فإنه يقدمه على الميتة وجوبا على الراجح، وقيل ندبا وسواء ذكاه محرم أو حلال.

وإذا وجد المضطر الميتة وطعام الغير من تمر أو زرع أو غنم مما ليس مضطرا إليه ربه فإنه يقدم طعام الغير على أكل الميتة. هذا إن لم يخف أن تقطع يده بسبب ذلك فيما فيه قطع كتمر الجرين وغنم المراح، ولم يخف أن يؤذى أو يضرب فيما لا قطع فيه كالتمر المعلق فإن خاف ما ذكر قدم الميتة على طعام الغير. أما إن لم يخف القطع والإيذاء فإن له أن يقاتل عليه جوازا بعد أن يعلمه أنه إن لم يعطه قاتله ثم بعد ذلك إن قتله المضطر فهدر وإن قتل رب الطعام المضطر فالقصاص. ينظر شرح الخرشى ٢٨/٣ .

(٢) قال فى كشاف القناع: إن من اضطر إلى محرم - سوى سم ونحوه مما يضر - بأن خاف على نفسه التلف إما من جوع أو يخاف إن ترك الأكل عجز عن المشى وانقطع عن الرفقة فيهلك أو يعجز عن الركوب فيهلك وجب عليه سواء كان فى الحضر أو السفر - أن يأكل من المحرم ما يسد رمقه ويأمن معه الموت لقول الله تبارك وتعالى ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه﴾. وقوله عز شأنه: ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾ وليس للمضطر أن يشبع من المحرم لأن الآية دلت على تحريم الميتة واستثنى ما اضطر إليه فإذا اندفعت الضرورة لم يحل الأكل كحالة الابتداء، كما يحرم ما فوق الشبع إجماعا ذكره فى الشرح والمبدع.

وقال الموفق وتبعه جماعة إن كانت الضرورة مستمرة جاز الشبع وإن كانت الحاجة مرجوة الزوال فلا يشبع لعدم الحاجة وللمضطر أن يتزود من المحرم إن خاف الحاجة إن لم يتزود لأنه لا ضرر فى استصحابها ولا فى اعدادها لدفع ضرورته وقضاء حاجته ولا يأكل منها إلا عند ضرورته فإن تزود فلقيه مضطر آخر لم يجز له بيعه منه لأنه ليس بمال كبيعه من غيره، ويلزمه إعطاؤه منه بغير عوض إن لم يكن المتزود مضطرا فى =

....

= الحال إلى ما معه فلا يعطى غيره لأن الضرر لا يزال بالضرر ويجب على المضطر تقديم السؤال على أكله نص عليه وقال الشيخ رحمه الله تعالى: لا يجب تقديم السؤال ولا يأثم بعدمه وإنه ظاهر المذهب لظاهر نقل الأثرم.

وإن وجد المضطر من يطعمه ويسقيه لم يحل له أن يمتنع لأنه يلقى بنفسه إلى الهلاك ولا يحل له أن يعدل إلى الميتة لأنه غير مضطر إليها إلا أن يخاف أن يسمه فى الطعام أو يكون الطعام مما يضر ويخاف أن يهلكه أو يمرضه فيمتنع منه ويعدل إلى الميتة لاضطراره إليها وإن وجد طعاما مع صاحبه وميتة وامتنع رب الطعام من بذله للمضطر أو بيعه منه ووجد المضطر ثمنه لم يجز له مكابرة رب الطعام عليه وأخذه منه لعدم احتياجه إليه بالميتة، ويعدل المضطر إلى الميتة وإن بذل الطعام ربه للمضطر بثمن مثله وقدر المضطر على الثمن لم يحل له أن يأكل الميتة لاستغنائه عنها بالمباح وإن بذل الطعام ربه بزيادة لا تجحف لزمه شراؤه كالرقبة فى الكفارة.

وإن كان المضطر عاجزاً عن الثمن فهو فى حكم العادم لما يشتريه فتحل له الميتة.

وإن امتنع رب الطعام من بذله للمضطر إلا بأكثر من ثمن مثله فاشتراه المضطر بذلك كراهة أن يجرى بينهما دم أو عجزا عن قتاله لم يلزم المضطر أكثر من ثمن مثله لأنه وجب على ربه بذله بقيمته فلا يستحق أكثر منها فإن أخذ أكثر رده، وإلا سقط. وليس للمضطر فى سفر المعصية كقاطع الطريق والقن الآبق أن يأكل من الميتة ونحوها من المحرمات لقول الله تعالى ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد﴾ إلا أن يتوب من المعصية فيأكل من المحرم لأنه صار بالتوبة من أهل الرخصة.

وإن وجد المضطر طعاما جهل مالكه وميتة أكل من الميتة إن أمكن رد الطعام إلى ربه بعينه لأن حق الله تعالى مبنى على المسامحة والمساهلة بخلاف حق الآدمى فإنه مبنى على الشح الضيق وحقه يلزمه غرامته بخلاف حق الله تعالى: وفى الفنون قال الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله تعالى: الذى يقتضيه مذهبنا خلاف هذا فإن تعذر رده إلى ربه بعينه كالمغصوب قدم أكلها على أكل الميتة على ما ذكره فى الاختيارات. ولو وجد المضطر صيدا حيا وهو محرم وميتة أكل الميتة لأن ذبح الصيد جناية لا تجوز له حال الإحرام.

وإن وجد المضطر صيدا وطعاما جهل مالكه بلا ميتة والمضطر محرم أكل الطعام لاضطراره إليه وفيه جناية واحدة وإن وجد المضطر لحم صيد ذبحه محرم وميتة أكل لحم الصيد قاله القاضى وجزم به فى المنتهى وقال فى التنقيح وهو أظهر.

وقال أبو الخطاب رحمه الله تعالى: يأكل من الميتة ولو وجد بيض صيد سليما وميتة فظاهر كلام القاضى يأكل الميتة ولا يكسره لأن كسره جناية لا تجوز له حال الإحرام وجزم به فى المنتهى.

وإن لم يجد المحرم المضطر إلا صيدا ذبحه وكان ذكيا طاهرا وليس بنجس ولا ميتة فى حقه لإباحته له اذن، ويتعين عليه ذبحه فى محل الذبح وتعتبر شروط الذكاة فيه، وله أن يشبع منه لأنه ذكى لا ميتة ولا يجوز له قتله إذن مع تمكنه من ذكاته كالأهلى المأكول وهو ميتة فى حق غيره فلا يباح إلا لمن تباح له الميتة وكذا لو اضطر إلى صيد بالحرم.

ولو وجد المضطر ميتتين مختلفًا فى أحدهما فقط أكلها دون المجمع عليها، لأن =

الثانية: إذا لم يكن مع المضطر مال، وكان مع غيره طعام يستغنى عنه لم يلزمه بذله له بلا عوض، وله الامتناع من البذل حتى يشتريه بثمن مثله فى الذمة، كما سبق. هذا مذهبنا.

قال العبدرى: وهو قول العلماء كافة، وقول داود، قال: ومن أصحاب داود من قال: يجوز للمضطر أن يأكل منه قدر ما تزول به الضرورة، ولا ضمان عليه فى ذلك، كما لو رآه يغرق أو يحترق وأمكنه تخليصه لزم تخليصه من غير إلزام[1] عوض.

= المختلف فيها مباحة على قول بعض المسلمين فإذا وجدها كان واجدا للمباح على ذلك القول فتحرم عليه الأخرى، ولأنها أخف وإن لم يجد المضطر شيئا مباحا ولا محرما لم يبح له أن يأكل بعض أعضائه لأنه يتلفه لتحصيل ما هو موهوم ومن لم يجد إلا طعاما لم يبذله مالكه أو لم يجد إلا ما لم يبذله مالكه فإن كان صاحبه مضطرا إليه ولو فى المستقبل بأن كان خائفا أن يضطر فصاحبه أحق به لأنه ساواه فى الضرورة وانفرد بالملك.

وليس للمضطر الإيثار بالطعام الذى معه فى حال اضطراره لقول الله تعالى: ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾.

ولا يجوز لأحد أن يأخذ من المضطر طعامه المضطر إليه فإن أخذه فمات صاحبه جوعا لزم الآخذ ضمانه، وإن لم يكن صاحبه مضطرا إليه لزمه بذله للمضطر بقيمته فإن أبى رب الطعام بذله أخذه المضطر بالأسهل من شراء أو استرضاء ولا يجوز قتاله حيث أمكن أخذه بدون قتال لعدم الحاجة إليه كدفع الصائل فإن أبى رب الطعام أن يبذله بالأسهل أخذه المضطر قهرا لأنه يستحقه دون مالكه ويعطى المضطر عوضه فإن منع رب الطعام المضطر من أخذه فله أن يقاتله على ما يسد رمقه لأنه منعه من الواجب عليه فأشبه مانعى الزكاة.

فإن قتل صاحب الطعام لم يجب ضمانه لأنه ظالم بقتاله فأشبه الصائل وإن قتل المضطر فعلى صاحب الطعام ضمانه لأنه قتله ظلما.

ويلزم المضطر عوض الطعام فى كل موضع أخذه ولو بذل الطعام ربه للمضطر بثمن مثله لزمه قبوله ولو كان معسرا ولو امتنع المالك للطعام من البيع للمضطر إلا بعقد ربا جاز للمضطر أن يأخذه منه قهرا فى ظاهر كلام جماعة لإطلاقهم تحريم الربا فإن لم يقدر المضطر على قهره دخل معه فى العقد صورة وعزم على ألا يتم عقد الربا. فإن لم يجد المضطر إلا آدميا محقون الدم لم يبح له قتله ولا إتلاف عضو منه مسلما كان المحقون أو كافرا ذميا كان أو مستأمنا لأن المعصوم الحى مثل المضطر فلا يجوز له إبقاء نفسه بإتلاف مثله، وإن وجد المضطر آدميا معصوما ميتا لم يبح أكله لأنه كالحى فى الحرمة لقول النبى صلى الله عليه وسلم: كسر عظم الميت ككسر عظم الحى. ينظر كشاف القناع عن متن الإقناع ٤/١١٦ .

(١) فى أ: التزام.

واحتج أصحابنا بأن الذمة كالمال، ولو كان معه مال لم يلزم صاحب الطعام بذله مجانا؛ وكذا إذا أمكن الشراء فى الذمة.

قال أصحابنا: وأما ما احتج به المخالف فجوابه أنه لا فرق بينهما، بل كل حالة أمكن فيها الموافقة على عوض لم يلزم إلا بالعوض، والله أعلم.

الثالثة: إذا وجد ميتة وطعاما لغائب فللشافعى قولان:

أصحهما: يأكل الميتة، وبه قال أبو حنيفة وأحمد؛ لأنه[(١)] منصوص عليها وطعام غيره مجتهد فيه.

والثانى: يأكل طعام غيره وبه قال مالك؛ لأنه مجمع عليه مع طهارته.

ولو وجد ميتة وصيدا وهو محرم فالأصح أنه يأكل الميتة، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد.

الرابعة: إذا وجد المضطر آدميا ميتا حل له أكله عندنا كما سبق تفصيله.

وقال مالك وأحمد وأصحاب الظاهر: لا يجوز.

واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف أن حرمة الحى آكد من حرمة الميت، والله أعلم.

الخامسة: ذكرنا أن مذهبنا جواز التداوى بجميع النجاسات سوى المسكر.

وقال أحمد: لا يجوز؛ لحديث: «إِنَّ اللَّهَ لَمْ يَجْعَلْ شِفَاءَكُمْ فِيمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ»[(٢)].

وحديث أبى الدرداء أن النبى ﷺ قال: «إِنَّ اللَّهَ أَنْزَلَ الدَّاءَ وَالدَّوَاءَ وَجَعَلَ لِكُلِّ دَاءٍ دَوَاءً؛ فَتَدَاوَوْا وَلَا تَدَاوَوْا بِحَرَامٍ»[(٣)] رواه أبو داود.

وحديث أبى هريرة قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ الدَّوَاءِ الْخَبِيثِ»[(٤)] رواه

---

(١) فى أ: لأنها.

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٠٦ - ٢٠٧) كتاب الطب باب فى الأدوية المكروهة حديث (٣٨٧٤) من حديث أبى الدرداء، والبيهقى (١٠/ ٥) كتاب الضحايا باب النهى عن التداوى بما يكون حرامًا فى غير حال الضرورة، والزيلعى فى نصب الراية (٤/ ٢٨٥).

(٤) أخرجه أحمد (٢/ ٣٠٥، ٤٤٦، ٤٧٨)، وأبو داود (٢/ ٣٩٩) فى كتاب الطب باب فى الأدوية المكروهة (٣٨٧٠)، والترمذى (٣/ ٥٦٧) باب ما جاء فيمن يقتل نفسه بسم أو غيره (٢٠٤٥)، وابن ماجة (٥/ ١٣١) فى كتاب الطب باب النهى عن الدواء الخبيث (٣٤٥٩)، =

أبو داود.

ودليلنا: حديث العرنيين، وهو فى الصحيحين كما سبق، وهو محمول على شربهم الأبوال للتداوى كما هو ظاهر الحديث وحديث: «لَمْ يَجْعَلْ شِفَاءَكُمْ» محمول على عدم الحاجة إليه بأن يكون هناك ما يغنى عنه، ويقوم مقامه من الأدوية الطاهرة.

وكذا الجواب عن الحديثين الآخرين، وقال البيهقى: هذان الحديثان إن صحا حملا على النهى عن التداوى بالمسكر وعلى[١] التداوى بالحرام من غير ضرورة؛ للجمع[٢] بينهما وبين حديث العرنيين، والله تعالى أعلم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن مر ببستان[٣] لغيره وهو غير مضطر لم يجز أن يأخذ منه شيئا بغير إذن صاحبه؛ لقوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسِهِ»[٤].

الشرح: هذا الحديث رواه البيهقى فى كتاب الغصب من رواية على بن زيد بن جدعان عن أبى حرة الرقاشى عن أبيه عن عمه أن رسول الله ﷺ قال: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»[٥]، وإسناده ضعيف، على بن زيد ضعيف.

وعن ابن عباس أن النبى ﷺ خطب الناس فى حجة الوداع فذكر الحديث وفيه: «لَا يَحِلُّ لِامْرِئٍ مِنْ مَالِ أَخِيهِ إِلَّا مَا أَعْطَاهُ مِنْ طِيبِ نَفْسٍ»[٦]، رواه البيهقى فى كتاب الغصب بإسناد صحيح.

= والحاكم (٤/ ٤١٠)، وأبو نعيم فى الحلية (٨/ ٣٧٥)، والبيهقى (١٠/ ٥).

(١) فى أ: أو على.

(٢) فى أ: ليجمع.

(٣) فى أ: على بستان.

(٤) فى أ: نفس منه.

(٥) أخرجه أحمد فى المسند (٥/ ٧٢)، والدارقطنى فى سننه (٣/ ٢٦)، والبيهقى فى سننه (٦/ ١٠٠)، (٨/ ١٨٢).

وذكره الهيثمى فى المجمع (٤/ ١٧٥)، وقال: رواه أبو يعلى عن أبى حرة الرقاشى عن عمه، وفيه أبو مرة وثقه أبو داود وضعفه ابن معين.

وله شاهد من حديث أنس أخرجه الدارقطنى (٣/ ٢٦).

(٦) أخرجه البيهقى فى سننه (٦/ ٩٧).

وذكر الهيثمى فى المجمع ويوجد شواهد كثيرة لهذا الحديث فانظره (٤/ ١٧٤ - ١٧٥).

قال أصحابنا: إذا مر الإنسان بثمر غيره أو زرعه لم يجز أن يأخذ منه، ولا أن يأكل منه بغير إذن صاحبه، إلا أن يكون مضطرا فيأكل حينئذ ويضمن كما سبق.

قال أصحابنا: وحكم الثمار الساقطة من الأشجار حكم الثمار التى على الشجر، إن كانت الساقطة داخل الجدار، وإن كانت خارجة فكذلك إن لم تجر عادتهم بإباحتها فإن جرت فوجهان:

أحدهما: لا يحل كالداخلة، وكما إذا لم تجر عادتهم بها لاحتمال أن هذا المالك لا يبيح.

وأصحهما: يحل؛ لاطراد العادة المستمرة بذلك، وحصول الظن بإباحته، كما يحصل تحمل الصبى المميز الهدية، ويحل أكلها، والله أعلم.

فرع: هذا الذى ذكره الأصحاب حكم مال الأجنبى.

أما القريب والصديق فإن تشكك فى رضاه بالأكل من ثمره وزرعه وبيته لم يحل الأكل منه بلا خلاف، وإن غلب على ظنه رضاه به، وأنه لا يكره أكله منه؛ جاز أن يأكل القدر الذى يظن رضاه به، ويختلف ذلك باختلاف الأشخاص والأزمان والأحوال والأموال، وبهذا تظاهرت دلائل الكتاب والسنة وفعل سلف الأمة وخلفها، قال الله تعالى: ﴿وَلَا عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَن تَأْكُلُوا۟ مِنۢ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ ءَابَآئِكُمْ﴾ [النور: ٦١] إلى قوله تعالى: ﴿أَوْ صَدِيقِكُمْ﴾ [النور: ٦١] وبينت[١] الأحاديث الصحيحة عن النبى ﷺ بنحو من هذا، والله أعلم.

فرع: فى مذاهب العلماء فيمن مر ببستان غيره، وفيه ثمار أو مر بزرع غيره، فمذهبنا أنه لا يجوز أن يأكل منه شيئا إلا أن يكون فى حال الضرورة التى يباح فيها الميتة، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وداود والجمهور.

وقال أحمد[٢]: إذا اجتاز به وفيه فاكهة رطبة وليس عليه حائط، جاز له الأكل منه من غير ضرورة ولا ضمان عليه عنده فى أصح الروايتين.

---

(١) فى أ: وثبتت.

(٢) قال فى الفروع (٦/٣٠٦): ومن مر بثمرة بستان لا حائط عليه، نص عليه، ولم يذكره في الموجز، ولا ناظر، ولم يذكره في الوسيلة، فله الأكل، وعنه : من متساقط . وعنه : منهما لحاجة مجانا، وعنه : لضرورة، ذكره جماعة كمجموع مخبى . وعنه : ويضمنه، اختارهما في المبهج وجوزه في الترغيب لمستأذن ثلاثا للخبر.

وفى الرواية الأخرى: يباح له ذلك عند الضرورة ولا ضمان.

واحتج بما روى مجاهد عن أبى عياض أن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - قال: «من مر منكم بحائط فليأكل فى بطنه ولا يتخذ خبنة»(١).

وعن زيد بن وهب قال: قال عمر - رضى الله عنه -: «إذا كنتم ثلاثة فأمروا عليكم واحدا منكم، فإذا مررتم براعى الإبل فنادوا يا راعى الإبل، فإن أجابكم فاستسقوه، وإن لم يجبكم فأتوها فحلوها واشربوا ثم صروها»(٢) رواهما البيهقى، وقال: هذا صحيح عن عمر بإسناديه جميعا، قال: وهو محمول عندنا على حال الضرورة.

واحتج أصحابنا بالحديث الذى ذكره المصنف مع ما ذكرته معه مما سبق بيانه وبحديث ابن عمر - رضى الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال: «لَا يَحْلِبَنَّ أَحَدُكُمْ مَاشِيَةَ غَيْرِهِ(٣) إِلَّا بِإِذْنِهِ، أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ تُؤْتَى مَشْرُبَتُهُ فَتُكْسَرَ خِزَانَتُهُ [فَيُنْتَقَلَ] طَعَامُهُ؟ فَإِنَّمَا تَخْزُنُ لَهُمْ ضُرُوعُ مَوَاشِيهِمْ أَطْعِمَتَهُمْ فَلَا يَحْلِبَنَّ أَحَدٌ مَاشِيَةَ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِهِ»(٤) رواه البخارى ومسلم.

وفى المسألة أحاديث كثيرة بمعنى ما ذكرته، قال الشافعى - رحمه الله -: ومن مر لرجل بزرع أو ثمر أو ماشية أو غير ذلك من ماله لم يكن له أخذ شىء منه إلا بإذنه؛ لأن هذا مما لم يأت فيه كتاب ولا سنة ثابتة بإباحته فهو ممنوع إلا بإذن مالكه

قال: وقد قيل: من مر بحائط فليأكل ولا يتخذ خبنة، وروى فيه حديث لو كان ثبت عندنا لم نخالفه، والكتاب والحديث الثابت أنه لا يجوز أكل مال أحد إلا بإذنه،

قال البيهقى: فالحديث الذى أشار إليه الشافعى هو حديث يحيى بن سليم الطائفى عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن النبى ﷺ قال: «مَنْ دَخَلَ حَائِطًا فَلْيَأْكُلْ وَلَا يَتَّخِذْ خُبْنَةً»(٥).

---

(١) أخرجه البيهقى فى سننه (٩/ ٣٥٩).
(٢) أخرجه البيهقى فى سننه (٩/ ٣٥٩).
(٣) فى أ: أحد.
(٤) أخرجه البخارى (٥/ ٨٨) كتاب اللقطة باب لا تحتلب ماشية أحد بغير إذنه (٢٤٣٥)، ومسلم (٣/ ١٣٥٢) فى اللقطة باب تحريم حلب الماشية بغير إذن مالكها (١٣/ ١٧٢٦).
(٥) أخرجه الترمذى (٢/ ٥٦٢) فى باب ما جاء فى الرخصة فى أكل الثمرة للمار بها (١٢٨٧)، وقال: لا نعرفه من هذا الوجه إلا من حديث يحيى بن سليم، وأخرجه أيضًا فى العلل الكبير =

قال البيهقى: وقد أخبرنا أبو محمد السكرى فذكر إسناده إلى يحيى بن معين قال: حديث يحيى بن سليم هذا عن عبيد الله فى الرجل يمر بالحائط فيأكل منه، قال: هذا الحديث غلط، وقال أبو عيسى الترمذى: سألت محمد[1] بن إسماعيل عن هذا الحديث فقال: يحيى بن سليم يروى أحاديث عن عبيد الله يهم فيها، قال البيهقى: وقد جاء من أوجه أخر وليست بقوية:

منها: عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: «سَمِعْتُ رَجُلًا مِنْ مُزَيْنَةَ سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ - وَأَنَا أَسْمَعُ عَنِ الضَّالَّةِ فَذَكَرَ الْحَدِيثَ قَالَ: ثُمَّ سَأَلَهُ عَنِ الثِّمَارِ يُصِيبُهَا الرَّجُلُ فَقَالَ: مَا أَخَذَ فِى أَكْمَامِهِ يَعْنِى رُءُوسَ النَّخْلِ فَاحْتَمَلَهُ فَثَمَنُهُ وَمِثْلُهُ مَعَهُ وَضَرْبُ نَكَالٍ، وَمَا كَانَ فِى أَجْرَانِهِ فَأَخَذَهُ فَفِيهِ الْقَطْعُ إِذَا بَلَغَ ذَلِكَ ثَمَنَ الْمِجَنِّ، وَإِنْ أَكَلَ بِفِيهِ وَلَمْ يَأْخُذْفيتخذ خُبْنَةً فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَىء»[2].

قال البيهقى: وهذا إن صح فمحمول على أنه ليس فيه قطع حين لم يخرجه من الحرز.

ومنها: ما رواه أبو داود فى سننه عن الحسن عن سمرة بن جندب: «أَنَّ النَّبِى ﷺ

= (٣٣٩)، وقال: سألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث فقال: يحيى بن سليم يروى أحاديث عن عبيد الله يهم فيها.

وكذا أخرجه ابن ماجة فى سننه (٣/ ٦١٣) فى كتاب التجارات باب من مر على ماشية قوم أو حائط (٢٣٠١).

والبيهقى فى الكبرى (٩/ ٣٥٩)، وقال: وقد روى من أوجه أخر ليست بقوية.

قلت والحديث يروى من طريق يحيى بن سليم عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر مرفوعًا به.

فأما يحيى بن سليم هذا فهو الطائفى قال عنه الحافظ فى التقريب ص ١٠٥٧ صدوق سيىء الحفظ.

وأخرجه البيهقى بإسناده فى سننه (٩/ ٣٥٩) عن المفضل بن غسان عن يحيى بن معين وقد ذكر له هذا الحديث فقال: هذا غلط.

(١) فى أ: البخارى.

(٢) أخرجه الحميدى (٥٩٧)، وأحمد (٢/ ١٨٠، ١٨٦، ٢٠٣، ٢٠٧، ٢٢٤)، وأبو داود (١/ ٥٣٤ - ٥٣٥) فى كتاب اللقطة باب التعريف باللقطة (١٧١٠) (٤٣٩٠)، والترمذى (٢/ ٥٦٤) فى باب ما جاء فى الرخصة فى أكل الثمرة للمار بها (١٢٨٩)، وابن ماجة (٢٥٩٦)، والنسائى (٥/ ٤٤)، و(٨/ ٨٤، ٨٥)، وابن الجارود (٨٢٧)، والدارقطنى (٤/ ٢٣٦)، والحاكم (٤/ ٣٨١)، وابن خزيمة (٢٣٢٧و٢٣٢٨)، والبيهقى فى الكبرى (٩/ ٣٥٩) فى كتاب الضحايا باب ما جاء فيمن مر بحائط إنسان أو ماشيته.

قَالَ: إذَا أَتَى أَحَدُكُمْ عَلَى مَاشِيَةٍ فَإِنْ كَانَ فِيهَا صَاحِبُهَا فَلْيَسْتَأْذِنْهُ، فَإِنْ أَذِنَ لَهُ فَلْيَحْلُبْ[١] وَلْيَشْرَبْ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا فَلْيُصَوِّتْ ثَلاثًا، فَإِنْ أَجَابَهُ فَلْيَسْتَأْذِنْهُ وَإِلَّا فَلْيَحْلُبْ وَلْيَشْرَبْ وَلَا يَحْمِلْ»[٢].

قال البيهقى: أحاديث الحسن عن سمرة لا يثبتها بعض الحفاظ، ويزعم أنها من كتاب، غير[٣] حديث العقيقة الذى ذكر فيه السماع، فإن صح فهو محمول على حال الضرورة.

ومنها: حديث يزيد بن هارون عن سعيد الجريرى عن أبى نضرة عن أبى سعيد الخدرى عن النبى ﷺ قال: «إذَا أَتَى أَحَدُكُمْ عَلَى رَاعٍ فَلْيُنَادِ يَا رَاعِي الْإِبِلِ ثَلَاثًا، فَإِنْ أَجَابَهُ، وَإِلَّا فَلْيَحْلُبْ وَلْيَشْرَبْ، ولَا يَحْمِلَنَّ، وَإِذَا أَتَى أَحَدُكُمْ عَلَى حَائِطٍ فَلْيُنَادِ ثَلَاثًا يَا صَاحِبَ الْحَائِطِ، فَإِنْ أَجَابَهُ فَلْيَأْكُلْ وَلَا يَحْمِلَنَّ»[٤].

قال البيهقى: تفرد به سعيد الجريرى وهو ثقة، إلا أنه اختلط فى آخر عمره، وسماع يزيد بن هارون منه بعد اختلاطه فلا يصح، قال: وقد روى عن أبى سعيد عن النبى – صلى الله عليه وسلم – خلافه، ثم ذكره بإسناده عن شريك عن عبد الله ابن عاصم قال: سمعت أبا سعيد الخدرى يقول: «لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَحُلَّ صِرَارَ نَاقَةٍ إلَّا بِإِذْنِ أَهْلِهَا، فَإِنَّ خَاتَمَ أَهْلِهَا عَلَيْهَا»[٥]، فقيل لشريك: أرفعه؟ قال: نعم قال البيهقى: وهذا يوافق حديث ابن عمر الصحيح السابق، ثم روى البيهقى بإسناده عن أبى عبيد القاسم بن سلام، قال: إنما هذا الحديث، يعنى حديث عمر، وحديث عمرو بن شعيب فى الرخصة أنه أرخص فيه للجائع المضطر، الذى لا شىء معه يشترى به وهو معسر.

وفى حديث ابن جريج عن عطاء قال: «رَخَّصَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِلْجَائِعِ الْمُضْطَرِّ إذَا مَرَّ بِالْحَائِطِ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ وَلَا يَتَّخِذَ خُبْنَةً»[٦].

---

(١) فى أ: فليحتلب.
(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٩/ ٣٥٩) فى كتاب الضحايا باب فيمن مر بحائط إنسان أو ماشيته.
(٣) فى أ: إلا.
(٤) أخرجه البيهقى (٩/ ٣٥٩ – ٣٦٠).
(٥) أخرجه البيهقى (٩/ ٣٦٠) فى كتاب الضحايا باب ما جاء فيمن مر بحائط إنسان أو ماشيته.
(٦) أخرجه البيهقى (٩/ ٣٦٠).

وعن الحجاج بن أرطاة عن سليط بن عبد الله التميمى عن ذهيل بن عوف بن شماخ عن أبى هريرة قال: «كُنَّا مَعَ النَّبِى ﷺ فَقَالَ لَهُ نَاسٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ مِنْ مَالِ أَخِيهِ؟ قَالَ: أَنْ يَأْكُلَ وَلَا يَحْمِلَ، وَيَشْرَبَ وَلَا يَحْمِلَ»[(١)].

قال البيهقى: هذا إسناده مجهول لا يقوم به حجة والحجاج بن أرطاة لا يحتج به، قال: وقد روى من وجه آخر عن الحجاج ما دل على أنه فى المضطر، والله تعالى أعلم.

فرع: الضيافة سنة، فإذا استضاف مسلم لا اضطرار به مسلما استحب له ضيافته، ولا تجب، هذا مذهبنا ومذهب الجمهور، وهو مذهب مالك وأبى حنيفة.

وقال الليث بن سعد وأحمد بن حنبل: هى واجبة يوما وليلة.

قال أحمد: هى واجبة يوما وليلة على أهل البادية وأهل القرى دون أهل المدن،

واحتجوا بحديث أبى شريح الخزاعى - رضى الله عنه - قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلْيُكْرِمْ ضَيْفَهُ عَلَيْهِ جَائِزَتُهُ، قَالَ: وَمَا جَائِزَتُهُ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: يَوْمُهُ وَلَيْلَتُهُ، وَالضِّيَافَةُ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ، فَمَا كَانَ وَرَاءَ ذَلِكَ فَهُوَ صَدَقَةٌ عَلَيْهِ، وَلَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ مُسْلِمٍ يُقِيمُ عِنْدَ أَخِيهِ حَتَّى يُؤْثِمَهُ، قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ وَكَيْفَ يُؤْثِمُهُ؟ قَالَ: يُقِيمُ عِنْدَهُ وَلَا شَىءَ لَهُ يَقْرِيهِ بِهِ»[(٢)] رواه البخارى ومسلم، وروى أبو داود فى سننه عن أشهب قال: «سئل مالك - رضى الله عنه - عن قول النبى ﷺ: «جائزته يوم وليلة» فقال: «يكرمه ويتحفه ويحفظه يوما وليلة وثلاثة أيام ضيافة»[(٣)].

قال الخطابى: معناه أنه يتكلف له فى اليوم الأول ما اتسع له من بر وإلطاف، وأما فى اليوم الثانى والثالث فيقدم له ما كان بحضرته، ولا يزيد على عادته، وما كان بعد الثلاث فهو صدقة ومعروف، إن شاء فعل وإن شاء ترك.

---

(١) أخرجه البيهقى (٩/ ٣٦٠ - ٣٦١).

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٩٢٩) فى كتاب صفة النبى ﷺ باب جامع ما جاء فى الطعام والشراب (٢٢)، والبخارى (١١/ ٥٩) فى كتاب الأدب باب مَنْ كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره (٦٠١٩)، وطرفاه فى (٦١٣٥، ٦٤٧٦)، ومسلم (٣/ ١٣٥٣) فى اللقطة باب الضيافة ونحوها (١٤/ ٤٨) (١٥/ ٤٨).

(٣) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٦٩) فى كتاب الأطعمة باب ما جاء فى الضيافة (٣٧٤٨).

قال: وقوله ﷺ: «وَلَا يَحِلُّ أَنْ يُقِيمَ عِنْدَهُ حَتَّى يُؤْثِمَهُ، مَعْنَاهُ لَا يَحِلُّ لِلضَّيْفِ أَنْ يُقِيمَ عِنْدَهُ بَعْدَ الثَّلَاثِ مِنْ غَيْرِ اسْتِدْعَاءٍ مِنْهُ حَتَّى يُوقِعَهُ فِي الْإِثْمِ»[(١)]،

وعن أبي كريمة المقدام بن معدى كرب رضى الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لَيْلَةُ الضَّيْفِ حَقٌّ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ، فَمَنْ أَصْبَحَ بِفِنَائِهِ فَهُوَ عَلَيْهِ دَيْنٌ إِنْ شَاءَ اقْتَصَّ[(٢)]، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ»[(٣)] رواه أبو داود بإسناد صحيح.

وعنه قال: «قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: أَيُّمَا رَجُلٍ أَضَافَ قَوْمًا فَأَصْبَحَ الضَّيْفُ مَحْرُومًا، فَإِنَّ نَصْرَهُ حَقٌّ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ، حَتَّى يَأْخُذَ بِقِرَى لَيْلَةٍ مِنْ زَرْعِهِ وَمَالِهِ»[(٤)] رواه أبو داود بإسناد حسن.

وعن عقبة بن عامر قال: «قُلْنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّكَ تَبْعَثُنَا فَنَنْزِلُ بِقَوْمٍ فَلَا يَقْرُونَنَا، فَمَا تَرَى؟ فَقَالَ لَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: إِنْ نَزَلْتُمْ بِقَوْمٍ فَأَمَرُوا لَكُمْ بِمَا يَنْبَغِي لِلضَّيْفِ فَاقْبَلُوا، إِنْ لَمْ يَفْعَلُوا فَخُذُوا مِنْهُمْ حَقَّ الضَّيْفِ الَّذِي يَنْبَغِي لَهُمْ»[(٥)] رواه مسلم فى صحيحه، ورواه أبو داود والترمذى وابن ماجه بأسانيد صحيحة.

وعن أبى هريرة عن النبى ﷺ قال: «الضِّيَافَةُ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ، فَمَا سِوَى ذَلِكَ فَهُوَ صَدَقَةٌ»[(٦)] رواه أبو داود بإسناد جيد.

---

(١) تقدم.

(٢) فى أ: اقتضى.

(٣) أخرجه أحمد (٤/ ١٣٠)، وأبو داود (٢/ ٣٦٩ - ٣٧٠) فى كتاب الأطعمة باب ما جاء فى الضيافة (٣٧٥٠)، والبخارى فى الأدب المفرد (٧٤٤)، وابن ماجة (٥/ ٢٦١) فى كتاب الأدب باب حق الضيف (٣٦٧٧).

(٤) أخرجه أحمد (٤/ ١٣١، ١٣٣)، وأبو داود (٢/ ٣٧٠) فى كتاب الأطعمة باب ما جاء فى الضيافة (٣٧٥١).

(٥) أخرجه البخارى (٥/ ١٠٨) فى المظالم باب قصاص المظلوم إذا وجد مال ظالمه (٢٤٦١)، وفى (١٠/ ٥٣٢) (٦١٣٧)، وفى الأدب المفرد (٧٤٥)، ومسلم (٣/ ١٣٥٣) فى اللقطة باب الضيافة ونحوها (١٧/ ١٧٢٧)، وأبو داود (٢/ ٣٧٠) فى كتاب الأطعمة باب ما جاء فى الضيافة (٣٧٥٢)، والترمذى (٣/ ٢٤٢ - ٢٤٣) فى باب ما يحل من أموال أهل الذمة (١٥٨٩)، وقال حسن، وابن ماجة (٥/ ٢٦٠ - ٢٦١) فى كتاب الأدب باب حق الضيافة (٣٦٧٦).

(٦) أخرجه أحمد (٢/ ٣٥٤)، وأبو داود (٢/ ٣٦٩) فى كتاب الأطعمة باب ما جاء فى الضيافة (٣٧٤٩).

وبمثله عند أحمد (٢/ ٢٨٨، ٤٣١)، والبخارى فى الأدب المفرد (٧٤٢).

واحتج أصحابنا والجمهور بالأحاديث السابقة فى مسألة ثمار الإنسان وزرعه «وأجابوا» عن هذه الأحاديث الواردة فى الضيافة بأنها محمولة على الاستحباب ومكارم الأخلاق، وتأكد حق الضيف كحديث: «غُسْلُ الْجُمُعَةِ وَاجِبٌ عَلَى كُلِّ مُحْتَلِمٍ» أى: متأكد الاستحباب، وتأول بعض هذه الأحاديث الخطابى وغيره على المضطر، والله أعلم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: ولا يحرم كسب الحجام؛ لما روى أبو العالية أن ابن عباس - رضى الله عنهما - سئل عن كسب الحجام فقال: «احْتَجَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ[1] وَأَعْطَاهُ أَجْرَهُ»، ولو كان حراما ما أعطاه[2]، ويكره للحر أن يكتسب بالحجامة وغيرها من الصنائع الدنيئة كالكنس والذبح والدبغ؛ لأنها مكاسب دنيئة فينزه الحر منها، ولا يكره للعبد؛ لأن العبد أدنى، فلم يكره له، وبالله التوفيق.

الشرح: حديث ابن عباس رواه البخارى ومسلم[3]، واسم أبى العالية رفيع - بضم الراء وفتح الفاء - قال أصحابنا: كسب الحجام حلال ليس بحرام.

هذا هو المذهب والمعروف والمنصوص، وبه قطع الجمهور، وفيه وجه شاذ قاله أبو بكر بن خزيمة من أصحابنا: أنه حرام على الأحرار، ويجوز إطعامه للعبيد والإماء والدواب.

والصواب الأول.

قال أصحابنا: ولا يكره للعبد أكل كسب الحجام سواء كسبه حر أم عبد، ويكره أكله للحر، سواء كسبه حر أم عبد، ولكراهته معنيان:

أحدهما: مخالطة النجاسة.

والثانى: دناءته فعلى الثانى يكره كسب الحلاق ونحوه.

وعلى الأول: يكره كسب الكناس والزبال والدباغ والقصاب والخاتن، وهذا الوجه هو الصحيح الذى قطع به المصنف والجمهور.

وفى كسب الفاصد وجهان:

---

(١) فى أ: النبى.
(٢) فى أ: لم يعطه.
(٣) أخرجه البخارى (٥/ ٢٢١) فى كتاب الإجارة باب خراج الحجام (٢٢٧٨، ٢٢٧٩)، ومسلم (٣/ ١٢٠٥) فى كتاب المساقاة، باب حل أجرة الحجامة (٦٥، ٦٦/ ١٢٠٢).

أصحهما: لا يكره وهو قول أبى على بن أبى هريرة.

والثانى: يكره كراهة تنزيه.

وفى الحمامى والحائك وجهان:

أصحهما: لا يكره الحائك.

وكره جماعة من أصحابنا كسب الصواغين.

قال صاحب البيان: وفى كراهة هذه الأشياء للعبيد وجهان:

أصحهما: لا يكره؛ لأنه دنىء.

وهذا هو الصحيح الذى قطع به المصنف والجمهور، والله أعلم.

فرع: قال الماوردى: أصول المكاسب الزراعة والتجارة والصنعة، وأيها أطيب؟ فيه ثلاثة مذاهب للناس:

أشبهها بمذهب الشافعى أن التجارة أطيب، قال: والأشبه عندى أن الزراعة أطيب؛ لأنها أقرب إلى التوكل، وذكر الشاشى وصاحب البيان وآخرون نحو ما ذكره الماوردى، وأخذوه عنه، قلت: فى صحيح البخارى عن المقدام بن معدى كرب - رضى الله عنه - عن النبى ﷺ قال: «مَا أَكَلَ أَحَدٌ طَعَامًا قَطُّ خَيْرًا مِنْ أَنْ يَأْكُلَ مِنْ عَمَلِ يَدِهِ، وَإِنَّ نَبِى اللَّهِ دَاوُد ﷺ كَانَ يَأْكُلُ مِنْ عَمَلِ يَدِهِ»[1] فالصواب ما نص عليه

---

(١) أخرجه البخارى (٤/ ٣٥٥) كتاب البيوع: باب كسب الرجل وعمله بيده رقم (٢٠٧٢)، وابن ماجة (٢/ ٧٢٣) كتاب التجارات، باب الحث على المكاسب رقم (٢١٣٨)، والبيهقى (٦/ ١٢٧): كتاب الإجارة: باب كسب الرجل وعمله بيديه، وأحمد (٤/ ١٣١ - ١٣٢) عن المقداد بن معديكرب.

والألفاظ متفاوتة ولفظ المصنف لفظ البخارى.

وهو فى النسائى فى الكبرى (٥/ ٢٨٣) كتاب عشرة النساء، باب ثواب النفقة على الذرية رقم (٩٢٠٥/ ٢) بلفظ (ما أطعمت نفسك فهو صدقة، وما أطعمت زوجتك فهو لك صدقة، وما أطعمت ولدك فهو لك صدقة وما أطعمت خادمك فهو لك صدقة).

وفى الباب من حديث أبى هريرة - رضى الله عنه -

أخرجه البخارى (٤/ ٣٥٥) كتاب البيوع باب كسب الرجل وعمله بيده رقم (٢٠٧٣)، وأطرافه فى (٣٤١٧ - ٤٧١٣).

وفى الباب من حديث عائشة رضى الله عنها بلفظ (إن أطيب ما كسب الرجل من كسبه، وإن ولده من كسبه) أخرجه أبو داود (٢/ ٣١١) كتاب البيوع: باب الرجل يأكل من مال ولده رقم (٣٥٢٨)، والترمذى (٢/ ٦٢٠) كتاب الأحكام باب ما جاء أن الوالد يأخذ من مال ولده رقم (١٣٥٨)، وابن ماجة (٢/ ٧٢٣): كتاب التجارات باب الحث على المكاسب رقم =

رسول الله ﷺ وهو عمل اليد، فإن كان زراعا فهو أطيب المكاسب وأفضلها؛ لأنه عمل يده؛ ولأن فيه توكلا كما ذكره الماوردى وقال: لأن فيه نفعا عاما للمسلمين والدواب؛ ولأنه لا بد فى العادة أن يؤكل منه بغير عوض، فيحصل له أجره.

وإن لم يكن ممن يعمل بيده بل يعمل له غلمانه وأجراؤه، فاكتسابه بالزراعة أفضل لما ذكرناه، وقد ثبت عن جابر - رضى الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «مَا مِنْ مُسْلِمٍ يَغْرِسُ غَرْسًا إِلَّا كَانَ مَا أُكِلَ مِنْهُ لَهُ صَدَقَةٌ، وَمَا سُرِقَ مِنْهُ لَهُ صَدَقَةٌ، وَلَا يَرْزَؤُهُ أَحَدٌ إِلَّا كَانَ لَهُ صَدَقَةٌ»[1] رَوَاهُ مُسْلِمٌ فِى صَحِيحِهِ، وَمَعْنَى «يَرْزَؤُهُ» يُنْقِصُهُ.

وَفِى رِوَايَةٍ لِمُسْلِمٍ أَيْضًا: «فَلَا يَغْرِسُ الْمُسْلِمُ غَرْسًا فَيَأْكُلُ مِنْهُ إِنْسَانٌ وَلَا دَابَّةٌ وَلَا طَيْرٌ إِلَّا كَانَ لَهُ صَدَقَةٌ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ».

وفى رواية لمسلم أيضا: «لَا يَغْرِسُ مُسْلِمٌ غَرْسًا وَلَا يَزْرَعُ زَرْعًا فَيَأْكُلُ مِنْهُ إِنْسَانٌ، وَلَا دَابَّةٌ، وَلَا شَىْءٌ إِلَّا كَانَتْ لَهُ صَدَقَةٌ»[2] رواه البخارى ومسلم جميعا من رواية أنس، والله أعلم.

فرع: فى جملة من الأحاديث الواردة فى كسب الحجام والحجامة عن: «عَوْنِ بْنِ أَبِى جُحَيْفَةَ قَالَ: اشْتَرَى أَبِى عَبْدًا حَجَّامًا فَأَمَرَ بِمَحَاجِمِهِ فَكُسِرَتْ وَقَالَ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ، وَمَهْرِ[3] الْبَغِى، وَثَمَنِ الدَّمِ، وَلَعَنَ الْوَاشِمَةَ وَالْمُسْتَوْشِمَةَ، وَآكِلَ الرِّبَا وَمُؤْكِلَهُ وَلَعَنَ الْمُصَوِّرَ»[4]، رواه البخارى.

وعن رافع بن خديج - رضى الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: «كَسْبُ الْحَجَّامِ

= (٢١٣٧)، وأحمد (٦/ ٣١ - ٤١ - ٤٢ - ١٢٦ - ١٢٧ - ١٦٢ - ١٧٣ - ١٩٣ - ٢٠٠ - ٢٠١ - ٢٠٢ - ٢٠٣).
قال الترمذى حديث حسن صحيح.

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١١٨٨) فى كتاب المساقاة باب فضل الغرس والزرع (٧/ ١٥٥٢)، وعبد ابن حميد (١٠١١).

(٢) أخرجه البخارى (٥/ ٥) كتاب الحرث والمزارعة: باب فضل الزرع والغرس إذا أكل منه (٢٣٢٠)، ومسلم (٣/ ١١٨٩) كتاب المساقاة باب فضل الغرس والزرع (٨/ ١٥٥٢).

(٣) فى أ: كسب.

(٤) أخرجه البخارى (٤/ ٣٦٨) كتاب البيوع باب موكل الربا (٢٠٨٦) (٤/ ٤٩٧) كتاب البيوع باب ثمن الكلب (٢٢٣٨)، و(٩/ ٤٠٤) كتاب الطلاق باب مهر البغى والنكاح الفاسد (٣٥٤٧)، و(١٠/ ٣٩٢) كتاب اللباس باب الواشمة (٢٩٤٥)، و(١٠/ ٤٠٧) كتاب اللباس باب من لعن المصور (٥٩٦٢).

خَبِيثٌ، وَمَهْرُ الْبَغِي خَبِيثٌ، وَثَمَنُ الْكَلْبِ خَبِيثٌ»[١] رواه مسلم وفى رواية له: «شَرُّ الْكَسْبِ مَهْرُ الْبَغِيِّ وَثَمَنُ الْكَلْبِ وَكَسْبُ الْحَجَّامِ».

وعن محيصة - رضى الله عنه -: «أَنَّهُ اسْتَأْذَنَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فِى إِجَارَةِ الْحَجَّامِ فَنَهَاهُ عَنْهَا، فَلَمْ يَزَلْ يَسْأَلُهُ حَتَّى قَالَ: أَعْلِفْهُ نَوَاضِحَكَ»[٢] رواه مالك وأبو داود والترمذى وابن ماجه وغيرهم بأسانيدهم الصحيحة. قال الترمذى: هو حديث حسن.

وعن أنس - رضى الله عنه -: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ حَجَمَهُ أَبُو طَيْبَةَ فَأَمَرَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِصَاعَيْنِ مِنْ طَعَامٍ وَكَلَّمَ مَوَالِيَهُ فَخَفَّفَ عَنْهُ مِنْ ضَرِيبَتِهِ، وَقَالَ: خَيْرُ مَا تَدَاوَيْتُمْ بِهِ الْحِجَامَةُ وَالْقُسْطُ الْبَحْرِى»[٣] رواه البخارى ومسلم.

وعنه: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَحْتَجِمُ وَلَا يَظْلِمُ أَحَدًا أَجْرَهُ»[٤] رواه مسلم.

وعن ابن عباس: «أَنَّ النَّبِى ﷺ احْتَجَمَ وَأَعْطَى الْحَجَّامَ أَجْرَهُ وَاسْتَعَطَ»[٥] رواه البخارى ومسلم، ورويا -حديثه السابق فى كلام المصنف.

فرع: فى مذاهب العلماء فى كسب الحجام:

مذهبنا: أنه ليس بحرام لا على العبد ولا على الحر، لكن يستحب للحر التنزه عنه، وعن أكله، وبهذا قال جماهير العلماء:

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١١٩٩) فى كتاب المساقاة باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن (٤٠، ٤١/ ١٥٦٨)، وأحمد (٣/ ٤٦٤و٤٦٥)، و(٤/ ١٤١)، وأبو داود (٢/ ٢٨٧) فى كتاب البيوع باب فى كسب الحجام، والترمذى (٢/ ٥٥٢ - ٥٥٣) فى باب ما جاء فى ثمن الكلب (١٢٧٥)، وقال حسن صحيح.

(٢) أخرجه الشافعى فى ترتيب المسند (٢/ ١٦٦)، كتاب الإجارات (٥٧٧)، وأحمد فى المسند (٥/ ٤٣٥، ٤٣٦)، فى مسند ميحصة بن مسعود رضى الله عنه وأبو داود فى السنن (٣/ ٧٠٧، ٧٠٨)، كتاب البيوع والإجارة: باب فى كسب الحجام (٣٤٢٢)، والترمذى فى السنن (٣/ ٥٧٥)، كتاب البيوع: باب ما جاء فى كسب الحجام (١٢٧٧)، وقال حسن صحيح وابن ماجه فى السنن (٢/ ٧٣٢)، كتاب التجارات: باب كسب الحجام (٢١٦٦).

(٣) أخرجه البخارى (١٠٠/ ١٥٨) فى كتاب الطب باب الحجامة من الداء (٥٦٩٦)، ومسلم (٣/ ١٢٠٤) فى كتاب المساقاة باب حل أجرة الحجامة (٦٣/ ١٥٧٧).

(٤) أخرجه مسلم (٤/ ١٧٣١) فى كتاب السلام باب: لكل داءٍ دواء واستحباب التداوى (٧٧/ ١٥٧٧).

(٥) تقدم.

وقال أحمد فى رواية ضعيفة عنه وفقهاء المحدثين: يحرم على الأحرار دون العبيد، واحتجوا بالأحاديث السابقة.

واحتج الجمهور بحديث ابن عباس، وحملوا الأحاديث الباقية على التنزيه والارتفاع عن دنىء الاكتساب، والحث على مكارم الأخلاق.

فرع: فى فضل الحجامة مع ما سبق.

عن جابر بن عبد الله - رضى الله عنهما - أنه قال لمريض عاده: «لَا أَبْرَحُ حَتَّى يَحْتَجِمَ، فَإِنِّى سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «إِنَّ فِيهِ شِفَاءً»»[1] رواه البخارى ومسلم.

وعن أبى هريرة رضى الله عنه: «أَنَّ أَبَا هِنْدٍ حَجَمَ النَّبِى ﷺ فِى يَأْفُوخِهِ مِنْ وَجَعٍ كَانَ بِهِ وَقَالَ: إِنْ كَانَ فِى شَىء شِفَاءٌ مِمَّا تَدَاوُونَ بِهِ فَالْحِجَامَةُ»[2] رواه أبو داود وغيره بأسانيد صحيحة

اليأفوخ، بهمزة ساكنة بعد الياء، ولا خلاف أنه مهموز، واختلفوا فى الياء منه هل هى أصلية أم زائدة؟ فقال الجوهرى: هى زائدة ووزنه يفعول، قال ابن فارس: هى أصلية وهو رباعى، قال الجوهرى: جمعه يآفيخ. قال: وهو الموضع الذى يتحرك من رأس الصبى، وهو الرأس.

وعن سلمى خادم رسول الله ﷺ رضى الله عنها قالت: «مَا كَانَ أَحَدٌ يَشْتَكِى إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَجَعًا فِى رَأْسِهِ إِلَّا قَالَ: احْتَجِمْ، وَلَا وَجَعًا فِى رِجْلَيْهِ إِلَّا قَالَ: اخْضِبْهُمَا»[3] رواه أبو داود بإسناد حسن.

فرع: فى موضع الحجامة.

عن ابن عباس - رضى الله عنهما - قال: «احْتَجَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ مُحْرِمٌ فِى

---

(١) أخرجه البخارى (١١/ ٢٩٧) فى كتاب الطب باب الحجامة من الداء (٥٦٩٧)، ومسلم (٤/ ١٧٢٩) فى كتاب السلام باب لكل داء دواء واستحباب التداوى (٧٠، ٧١/ ٢٢٠٥).

(٢) أخرجه أبو داود (١/ ٦٣٩) فى كتاب النكاح باب فى الأكفاء (٢١٠٢)، والبيهقى (٧/ ١٣٦)، والحاكم (٢/ ١٦٤)، والدارقطنى (٣/ ٣٠١)، وابن حبان (موارد - ١٢٤٩)، وفى الإحسان (٦/ ١٤٧) (٤٠٥٥)، وأبو يعلى (١٠/ ٣١٨) (٥٩١١).

(٣) أخرجه أحمد (٦/ ٤٦٢)، وأبو داود (٢/ ٣٩٧) فى كتاب الطب باب فى الحجامة (٣٨٥٨)، وعبد بن حميد (١٥٦٣).

رَأْسِهِ مِنْ صُدَاعٍ كَانَ بِهِ أَوْ وَبًى»[١] رواه البخارى، ورواه البخارى أيضا من رواية عبد الله بن بحينة بمعناه[٢]، وروى البيهقى[٣] بإسناده عن أنس: «أَنَّ النَّبِى ﷺ احْتَجَمَ عَلَى ظَهْرِ قَدَمِهِ وَهُوَ مُحْرِمٌ».

قال البيهقى: كذا قال: على ظهر قدمه، وفى رواية ابن عباس وابن بحينة فى رأسه، قال: والعدد أولى بالحفظ من الواحد إلا أن يكون فعل ذلك مرتين وهو محرم، وعن جابر أن النبى ﷺ: «احْتَجَمَ عَلَى وَرِكِهِ مِنْ وَبًى كَانَ بِهِ»[٤]، كذا قال: على وركه، وفى رواية: «احْتَجَمَ وَهُوَ مُحْرِمٌ مِنْ وَبى كَانَ بِوَرِكِهِ أَوْ قَالَ بِظَهْرِهِ» قال البيهقى: فكأنه ﷺ احتجم فى رأسه وهو محرم من وبى كان به أو صداع.

وعن أنس رضى الله عنه: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَحْتَجِمُ ثَلاثًا اثْنَتَيْنِ فِى الأَخْدَعَيْنِ وَوَاحِدَةً فِى الْكَاهِلِ»[٥] رواه أبو داود بإسناد صحيح على شرط البخارى ومسلم، ورواه الترمذى وقال: حديث حسن.

قال أهل اللغة: الأخدعان: عرقان فى جانبى العنق.

وعن أبى كبشة الأنمارى الصحابى رضى الله عنه أن النبى ﷺ: «كَانَ يَحْتَجِمُ عَلَى هَامَتِهِ وَبَيْنَ كَتِفَيْهِ وَيَقُولُ: مَنْ أَهَرَاقَ دَمًا مِنْ هَذِهِ الدِّمَاءِ فَلَا يَضُرُّهُ أَنْ لَا يَتَدَاوَى بِشَىء لِشَىء»[٦] رواه أبو داود وابن ماجه بإسنادين حسنين.

---

(١) أخرجه البخارى (١١/ ٣٠١) فى كتاب الطب باب الحجامة من الشقيقة والصداع (٥٧٠٠)، وأطرافه فى (٥٧٠١، ٥٦٩٩، ٥٦٩٥)، وأحمد (١/ ٢٣٦)، وأبو داود (١/ ٥٦٩) فى كتاب المناسك باب المحرم يحتجم (١٨٣٥، ١٨٣٦)، والنسائى فى الكبرى (٤/ ٣٧٧) فى كتاب الطب باب موضع الحجامة (٧٥٩٩/ ٢).

(٢) أخرجه البخارى (١١/ ٢٩٩) فى كتاب الطب باب الحجامة على الرأس (٥٦٩٨).

(٣) أخرجه البيهقى (٩/ ٣٣٩)، والنسائى فى الكبرى (٤/ ٣٧٧) فى كتاب الطب باب الحجامة (٧٥٩٨/ ١).

(٤) أخرجه البيهقى (٩/ ٣٤٠)، والنسائى فى الكبرى (٤/ ٣٧٧) فى كتاب الطب باب الحجامة من الوثى (٧٥٩٧/ ١).

(٥) أخرجه الترمذى (٤/ ٣٤١ - ٣٤٢) فى كتاب الطب: باب ما جاء فى الحجامة (٢٠٥١)، وأخرجه أحمد (٣/ ١١٩)، وأبو داود (٤/ ١٩٥ - ١٩٦) فى الطب: باب فى موضع الحجامة (٣٨٦٠)، وابن ماجة (٢/ ١١٥٢) (١١٥٣) فى الطب: باب وضع الحجامة (٣٤٨٣)، وأحمد فى المسند (٣٤٨٣).

(٦) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٩٧) فى كتاب الطب باب ما جاء فى موضع الحجامة (٣٨٥٩)، وابن ماجة (٥/ ١٤٥ - ١٤٦) فى كتاب الطب باب موضع الحجامة (٣٤٨٤).

فرع: فى وقت الحجامة.

عن أبى هريرة - رضى الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنِ احْتَجَمَ لِسَبْعَ عَشْرَةَ وَتِسْعَ عَشْرَةَ وَإِحْدَى وَعِشْرِينَ كَانَ شِفَاءً مِنْ كُلِّ دَاء»(١) رواه أبو داود بإسناد حسن على شرط مسلم.

وعن ابن عباس أن رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «خَيْرُ مَا تَحْتَجِمُونَ فِيهِ سَبْعَ عَشْرَةَ وَتِسْعَ عَشْرَةَ وَإِحْدَى وَعِشْرُونَ»(٢) رَوَاهُ الْبَيْهَقِى بِإِسْنَادٍ ضَعِيفٍ.

وَعَنْ مَعْقِلِ بْنِ يَسَارٍ عَن النَّبِى ﷺ قَالَ: «مَنِ احْتَجَمَ يَوْمَ الثُّلَاثَاءِ لِسَبْعَ عَشْرَةَ مِنَ الشَّهْرِ كَانَ دَوَاءً لِدَاءِ السَّنَةِ»(٣) رَوَاهُ الْبَيْهَقِى وَضَعَّفَهُ.

وَعَنْ أَنَسٍ رَفَعَهُ: «مَنِ احْتَجَمَ يَوْمَ الثُّلَاثَاءِ لِسَبْعَ عَشْرَةَ خَلَتْ مِنَ الشَّهْرِ أَخْرَجَ اللَّهُ مِنْهُ دَاءَ سَنَتِهِ»(٤) ضَعَّفَهُ الْبَيْهَقِى.

وَعَنْ كَيْسَةَ بِنْتِ أَبِى بَكْرَةَ «أَنَّ أَبَاهَا كَانَ نَهَى أَهْلَهُ عَن الْحِجَامَةِ يَوْمَ الثُّلَاثَاءِ وَيَزْعُمُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّ يَوْمَ الثُّلَاثَاءِ يَوْمُ الدَّمِ وَفِيهِ سَاعَةٌ لَا يَرْقَأُ»(٥) رواه أبو داود بإسناد ضعيف ورواه البيهقى وقال: إسناده ليس بالقوى قال: والنهى الذى فيه موقوف وليس بمرفوع.

وعن سليمان بن أرقم عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «وَمَنِ احْتَجَمَ يَوْمَ الْأَرْبِعَاءِ وَيَوْمَ السَّبْتِ فَرَأَى وَضَحًا فَلَا يَلُومَنَّ

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٩٨) فى كتاب الطب باب متى تستحب الحجامة (٣٨٦١)، والبيهقى (٩/ ٣٤٠)، والحاكم فى المستدرك (٤/ ٢١٠).

(٢) أخرجه البيهقى (٩/ ٣٤٠)، وبنحوه أخرجه كل من أبى داود الطيالسى فى المسند (٣٤٧/ ٢٦٦٦)، وأحمد فى المسند ١/ ٣٥٤ والترمذى ٤/ ٣٩١ ضمن حديث طويل فى كتاب الطب باب ما جاء فى الحجامة (٢٠٥٣) والبيهقى من طريق الطيالسى ٩/ ٣٤٠ فى الضحايا باب ما جاء فى الحجامه والحاكم فى المستدرك ٤/ ٢١٠ فى الطب باب من احتجم لسبع عشره وابن الجوزى فى الموضوعات ٣/ ٥٠٧

(٣) أخرجه البيهقى (٩/ ٣٤٠)، وابن الجوزى فى الموضوعات (٣/ ٥٠٧) برقم (١٧٣٢) بنحوه.

(٤) أخرجه البيبهقى (٩/ ٣٤٠)، وابن الجوزى فى الموضوعات (٣/ ٥٠٨) برقم ١٧٧٣ وقال: هذه أحاديث ليس فيها شىء صحيح.

(٥) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٩٨) فى كتاب الطب، باب متى تستحب الحجامة (٣٨٦٢)، والبيهقى فى الكبرى (٩/ ٣٤٠).

إِلَّا نَفْسَهُ»[١] هذا ضعيف رواه البيهقى.

وقال: سليمان بن أرقم ضعيف قال: وروى عن ابن سمعان وسليمان بن يزيد عن الزهرى كذلك موصولا وهو أيضا ضعيف والمحفوظ عن الزهرى عن النبى ﷺ منقطعا.

وعن عطاف بن خالد عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «إِنَّ فِى الْجُمُعَةِ سَاعَةً لَا يَحْتَجِمُ فِيهَا مُحْتَجِمٌ إِلَّا عَرَضَ لَهُ دَاءٌ لَا يُشْفَى مِنْهُ»[٢] هذا ضعيف جدا، رواه البيهقى وضعفه قال: عطاف بن خالد ضعيف، قال: ورواه يحيى بن العلاء الرازى وهو متروك بإسناد له عن الحسين بن على عنه حديثا مرفوعا، وليس بشىء.

والحاصل أنه لم يثبت شىء فى النهى عن الحجامة فى يوم معين، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: فى استحباب ترك الاكتواء للتداوى وليس بحرام عن جابر - رضى الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: «إِنْ كَانَ فِى أَدْوِيَتِكُمْ أَوْ مَا تَدَاوَيْتُمْ بِهِ مِنْ خَيْرٍ فَشَرْطَةُ مِحْجَمٍ[٣]، أَوْ شَرْبَةُ عَسَلٍ، أَوْ لَذْعَةٌ بِنَارٍ تُوَافِقُ دَاءً، وَمَا أُحِبُّ أَنْ أَكْتَوِى»[٤] رَوَاهُ الْبُخَارِى وَمُسْلِمٌ.

وَعَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، أَنَّ النَّبِى ﷺ قَالَ: «الشِّفَاءُ فِى ثَلَاثَةٍ فِى شَرْطَةِ مِحْجَمٍ أَوْ شَرْبَةِ عَسَلٍ أَوْ كَيَّةٍ بِنَارٍ، وَأَنَا أَنْهَى أُمَّتِى عَنِ الْكَىِّ»[٥] رَوَاهُ الْبُخَارِى.

وَعَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَيْضًا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «يَدْخُلُ الْجَنَّةَ مِنْ أُمَّتِى سَبْعُونَ أَلْفًا بِغَيْرِ حِسَابٍ فَقُلْتُ: مَنْ هُمْ قَالَ: هُمُ الَّذِينَ لَا يَسْتَرِقُونَ وَلَا يَتَطَيَّرُونَ وَلَا يَغْتَابُونَ، وَعَلَى رَبِّهِمْ يَتَوَكَّلُونَ»[٦] رَوَاهُ الْبُخَارِى وَمُسْلِمٌ، وَفِى رِوَايَاتٍ لِلْبُخَارِى: «وَلَا

---

(١) أخرجه البيهقى (٩/ ٣٤٠) فى كتاب الضحايا باب ما جاء فى وقت الحجامة، وابن الجوزى فى الموضوعات (٣/ ٥٠٢) برقم (١٧٢٦).

(٢) أخرجه البيهقى (٩/ ٣٤١).

(٣) فى أ: حجام.

(٤) أخرجه البخارى (١٠/ ١٤٦) فى كتاب الطب باب الدواء بالعسل (٥٦٨٣، ٥٦٩٧، ٥٧٠٢، ٥٧٠٤)، ومسلم (٤/ ١٧٢٩) فى كتاب السلام باب لكل داء دواء (٧١/ ٢٢٠٥).

(٥) أخرجه البخارى ١٠/ ١٣٦) فى كتاب الطب باب الشفاء فى ثلاث (٥٦٨٠) (٥٦٨١)، وأحمد (١/ ٢٤٥)، وابن ماجه (٥/ ١٥٠) فى كتاب الطب باب الكى (٣٤٩١).

(٦) أخرجه البخارى (١٣/ ٩٧) فى كتاب الرقاق باب ومن يتوكل على الله فهو حسبه (٦٤٧٢)، ومسلم (١/ ١٩٩ - ٢٠٠) فى كتاب الإيمان باب الدليل على دخول طوائف من المسلمين =

يَكْتَوُونَ».

وعَنْ عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ قَالَ: قَالَ نَبِى اللَّهِ ﷺ: «يَدْخُلُ الْجَنَّةَ مِنْ أُمَّتِى سَبْعُونَ أَلْفًا بِغَيْرِ حِسَابٍ، قَالُوا: وَمَنْ هُمْ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: هُم الَّذِينَ لَا يَكْتَوُونَ وَلَا يَسْتَرِقُونَ، وَعَلَى رَبِّهِمْ يَتَوَكَّلُونَ»(١) رَوَاهُ مُسْلِمٌ.

وَعَن الْمُغِيرَةِ بْنِ شُعْبَةَ قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «مَن اكْتَوَى أَو اسْتَرْقَى فَقَدْ بَرِئَ مِنَ التَّوَكُّلِ»(٢) رَوَاهُ التِّرْمِذِى بِإِسْنَادٍ صَحِيحٍ.

وَعَنْ عِمْرَانَ بْنِ الْحُصَيْنِ - رضى الله عنهما - قَالَ: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَن الْكَيِّ فَاكْتَوَيْنَا فَلَا أَفْلَحْنَ وَلَا أَنْجَحْنَ»(٣) رَوَاهُ أَبُو دَاوُد بِإِسْنَادٍ صَحِيحٍ.

وَفِى رِوَايَةِ الْبَيْهَقِى: «فَمَا أَفْلَحْنَا وَلَا أَنْجَحْنَا»، وَإِسْنَادُهَا صَحِيحٌ.

وَعَنْ مُطَرِّفٍ قَالَ: قَالَ لِى عِمْرَانُ بْنُ الْحُصَيْنِ: «إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ جَمَعَ بَيْنَ حَجٍّ وَعُمْرَةٍ، ثُمَّ لَمْ يَنْهَ عَنْهُ حَتَّى مَاتَ وَلَمْ يَنْزِلْ فِيهِ قُرْآنٌ يُحَرِّمُهُ، وَقَدْ كَانَ يُسَلَّمُ عَلَى حَتَّى اكْتَوَيْت فَتُرِكْتُ، ثُمَّ تَرَكْتُ الْكَى فَعَادَ»(٤) رواه مسلم فى صحيحه فى كتاب الحج

فرع: فى جواز الكى وقطع العروق للحاجة.

عن جابر رضى الله عنه قال: «بَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى أُبَى بْنِ كَعْبٍ طَبِيبًا فَقَطَعَ مِنْهُ عِرْقًا ثُمَّ كَوَاهُ عَلَيْهِ»(٥) رواه مسلم.

= الجنة بغير حساب ولا عذاب (٣٧٤/ ٢٢٠).

(١) أخرجه مسلم (١/ ١٩٨) كتاب الإيمان، باب الدليل على دخول طوائف من المسلمين الجنة بغير حساب ولا عذاب (٣٧١/ ٢١٨)، وأحمد (٤/ ٤٣٦ - ٤٤١).

(٢) أخرجه أحمد (٤/ ٢٤٩)، والترمذى (٤/ ٣٩٣) فى الطب باب ما جاء فى كراهة الرقية (٢٠٥٥)، وقال حسن صحيح، وابن ماجه (٢/ ١١٥٤) فى الطب باب الكى (٣٤٨٩).
وابن حبان (موارد - ٣٤١) فى كتاب الطب باب ما جاء فى الكى (١٤٠٨)

(٣) أخرجه أحمد (٤/ ٤٤٤، ٤٤٦)، وأبو داود (١/ ٣٩٨) فى كتاب الطب باب فى الكى (٣٨٦٥).
وبمثله أخرجه أحمد (٤/ ٤٢٧، ٤٣٠)، وابن ماجة (٥/ ١٥٠) فى كتاب الطب باب فى الكى (٣٤٩٠)، والترمذى (٣/ ٥٦٩) باب ما جاء فى كراهية التداوى بالكى (٢٠٤٩)، وابن حبان (٦٠٨١)، والحاكم (٤/ ٢١٣)، والطبرانى فى الكبير (١٨/ ٢٩٦)، (٢٩٧)، (٣٢٢)، (٣٢٣)، (٣٣٠)، (٣٣١)، (٣٩٢).

(٤) أخرجه مسلم (٢/ ٨٩٩) فى كتاب الحج باب جواز التمتع (١٦٨/ ١٢٢٦)، والبيهقى فى الكبرى (٥/ ١٤) فى كتاب الحج، باب من اختار القران.

(٥) أخرجه مسلم (٤/ ١٧٣٠) فى كتاب السلام باب لكل داء دواء واستحباب التداوى (٧٣/ =

وفى رواية لمسلم أيضا: «أَنَّ أُبَيًّا مَرِضَ فَبَعَثَ النَّبِى ﷺ إِلَيْهِ طَبِيبًا فَكَوَاهُ عَلَى أَكْحَلِهِ» وعنه، قال: «رُمِى سَعْدُ بْنُ مُعَاذٍ فِى أَكْحَلِهِ فَحَسَمَهُ النَّبِى ﷺ بِيَدِهِ ثُمَّ وَرِمَتْ فَحَسَمَهُ الثَّانِيَةَ»[1] رواه مسلم.

وعن ابن مسعود قال: «جَاءَ نَفَرٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ صَاحِبًا لَنَا اشْتَكَى أَفَنَكْوِيهِ؟ فَسَكَتَ سَاعَةً.

ثُمَّ قَالَ: إِنْ شِئْتُمْ فَاكْوُوهُ، وَإِنْ شِئْتُمْ فَارْمِضُوهُ يَعْنِى بِالْحِجَارَةِ»[2] رواه البيهقى بإسناد صحيح.

وروى البيهقى عنه: «أن أنسا اكتوى وابن عمر، وكوى ابن عمر ابنه»[3]، والله أعلم.

فرع: فى الدواء والاحتماء.

أما الدواء فسبقت فيه جملة صالحة فى أول كتاب الجنائز.

وأما الاحتماء ففيه حديث أم منذر بنت قيس الأنصارية قالت: «دَخَلَ عَلَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَمَعَهُ عَلِى وَعَلِى نَاقِهٌ وَلَنَا دَوَالِى مُعَلَّقَةٌ، فَقَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَأَخَذَ مِنْهَا، وَقَامَ عَلِى لِيَأْكُلَ فَطَفِقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ لِعَلِى: مَهْ إِنَّكَ نَاقِهٌ، حَتَّى كَفَّ عَلِى رضى الله عنه، قَالَتْ: وَصَنَعْتُ شَعِيرًا وَسِلْقًا فَجِئْتُ بِهِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: يَا عَلِى أَصِبْ مِنْ هَذَا فَهُوَ أَنْفَعُ»[4] رواه أبو داود والترمذى وغيرهما قال الترمذى:

= ٢٢٠٠٧)، وأحمد (٣/ ٣٠٣، ٣٠٤، ٣١٥، ٣٧١)، وعبد بن حميد (١٠١٨)، وأبو داود (٢/ ٣٩٨) فى كتاب الطب باب فى قطع العرق وموضع الحجم (٣٨٦٤)، وابن ماجة (٥/ ١٥١ - ١٥٢) فى كتاب الطب باب من اكتوى (٣٤٩٣)، والبيهقى (٩/ ٣٤٢).

(١) أخرجه مسلم (٤/ ١٧٣٠) فى كتاب السلام باب لكل داء دواء واستحباب التداوى (٧٤/ ٢٢٠٧)، والطيالسى (١٧٤٥)، وابن أبى شيبة (٨/ ٦٣)، وأحمد (٣/ ٣١٢، ٣٥٠، ٣٦٣)، وأبو داود (٢/ ٣٩٨) فى كتاب الطب، باب فى الكى (٣٨٦٦)، والترمذى (٣/ ٢٣٨ - ٢٣٩) باب ما جاء فى النزول على الحكم (١٥٨٢)، وأبو يعلى (٢١٥٨)، وابن حبان (٤٧٨٤)، (٦٠٨٣)، والحاكم (٤/ ٤١٧)، والبيهقى (٩/ ٣٤٢).

(٢) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٩/ ٣٤٢) فى كتاب الضحايا باب ما جاء فى إباحة العروق والكى عند الحاجة.

(٣) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٩/ ٣٤٢ - ٣٤٣).

(٤) أخرجه أحمد (٦/ ٣٦٣و٣٦٤)، وأبو داود (٢/ ٣٩٦) فى كتاب الطب باب فى الحِمْيَة (٣٨٥٦)، والترمذى (٣/ ٥٦٠) باب ما جاءفى الحمية (٢٠٣٧)، وقال حسن غريب، وابن ماجه (٥/ ١١٨) فى كتاب الطب باب الحمية (٣٤٤٢)، والحاكم (٤/ ٤٠٧).

حديث حسن.

الناقه - بالنون والقاف - هو الذى برئ من المرض وهو قريب عهد به، لم تتكامل صحته، يقال: نقه ينقه فهو ناقه، كعلم يعلم فهو عالم.

وعن صهيب - رضى الله عنه - قال: «قَدِمْتُ عَلَى النَّبِى ﷺ مُهَاجِرًا وَبَيْنَ يَدَيْهِ تَمْرٌ، فَقَالَ: تَعَالَ فَكُلْ، فَجَعَلْتُ آكُلُ.

فَقَالَ: تَأْكُلُ التَّمْرَ وَبِكَ رَمَدٌ؟ قُلْتُ: إِنِّى أَمْضُغُهُ مِنْ نَاحِيَةٍ أُخْرَى، فَتَبَسَّمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ»[١] رواه ابن ماجه والبيهقى بإسناد ضعيف.

فرع: فى جواز الرقية بكتاب الله تعالى، وبما يعرف من ذكر الله.

عن الأسود قال: «سَأَلْتُ عَائِشَةَ عَنِ الرُّقْيَةِ مِنَ الْحُمَةِ فَقَالَتْ: رَخَّصَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِى الرُّقْيَةِ مِنْ كُلِّ ذِى حُمَةٍ»[٢] رواه البخارى ومسلم.

الحمة - بضم الحاء المهملة وتخفيف الميم - : وهى السم، وقد تشدد الميم، وأنكره الأزهرى وكثيرون، وأصلها حمو أو حمى كصرد، فألفها فيها عوض من الواو والياء المحذوفة. وعن عائشة رضى الله عنها قالت: «أَمَرَنِى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ أَسْتَتِرَ[٣] مِنَ الْعَيْنِ»[٤] رواه البخارى ومسلم.

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ٦١)، وابن ماجه (٥/ ١١٩) فى كتاب الطب باب الحمية (٣٤٤٣) من طريق عبدالحميد بن صيفى عن أبيه عن جده صهيب.

قلت: هذا إسناد فيه ضعف.

فإن عبدالحميد بن صيفى هو عبدالحميد بن زياد بن صيفى قال عنه الحافظ فى التقريب ص٥٦٤ لين الحديث.

أى ضعيف عند التفرد وقد تفرد بهذا الحديث وليس له متابع عليه.

أما أبيه زياد بن صيفى قال عنه الحافظ ص ٣٤٦: صدوق.

قال البوصيرى فى مصباح الزجاجة (٣/ ١١٦):

هذا إسناد صحيح رواه البيهقى فى سننه من طريق عبدالحميد بن زياد بن صهيب عن أبيه عن جده به دون قوله: خبز، وله شاهد من حديث أم المنذر بنت قيس رواه أبو داود والترمذى وابن ماجة.

(٢) أخرجه البخارى (١١/ ٣٦٤) فى كتاب الطب باب رقية الحية والعقرب (٥٧٤١)، ومسلم (٤/ ١٧٢٤) فى كتاب السلام باب استحباب من العين والنملة (٥٢/ ٢١٩٣).

(٣) فى أ: أسترقى.

(٤) أخرجه البخارى (١١/ ٣٥٧) فى كتاب الطب باب رقية العين (٥٧٣٨)، ومسلم (٤/ ١٧٢٥) فى كتاب السلام باب استحباب الرقية من العين (٥٥، ٥٦/ ٢١٩٥).

وعن أم سلمة: «أَنَّ النَّبِى ﷺ رَأَى فِى بَيْتِهَا جَارِيَةً فِى وَجْهِهَا سَفْعَةٌ، فَقَالَ: اسْتَرْقُوا لَهَا، فَإِنَّ بِهَا نَظْرَةً»[١] رواه البخارى ومسلم.

السفعة - بفتح السين وإسكان الفاء - : صفرة وتغيير[٢].

والنظرة - بفتح النون - : هى العين.

وعن أنس قال: «رَخَّصَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِى الرُّقْيَةِ مِنَ الْعَيْنِ وَالنَّمْلَةِ وَالْحُمَةِ»[٣] رواه مسلم.

قال الأصمعى: النملة: هى قروح تخرج فى الجنب وغيره.

وعن جابر قال: «لَدَغَتْ رَجُلًا مِنَّا عَقْرَبٌ وَنَحْنُ جُلُوسٌ مَعَ النَّبِى ﷺ فَقَالَ رَجُلٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَرْقِى؟ قَالَ: مَن اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْفَعَ أَخَاهُ فَلْيَفْعَلْ»[٤] رواه مسلم.

وفى رواية له: «أَنَّ النَّبِى ﷺ قَالَ لِأَسْمَاءِ بِنْتِ عُمَيْسٍ: مَا لِى أَرَى أَجْسَامَ بَنِى أَخِى ضَارِعَةً تُصِيبُهُمْ الْحَاجَةُ، قَالَتْ: لَا وَلَكِن الْعَيْنُ تُسْرِعُ إِلَيْهِمْ، قَالَ: ارْقِيهِمْ قَالَتْ فَعَرَضْتُ عَلَيْهِ فَقَالَ: ارْقِيهِمْ».

وعن جابر أيضًا قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَن الرُّقَى، فَجَاءَ آلُ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّهُ كَانَتْ عِنْدَنَا رُقْيَةٌ يُرْقَى بِهَا مِن الْعَقْرَبِ، وَأَنَّكَ نَهَيْتَ عَن الرُّقَى، قَالَ: فَعَرَضُوهَا عَلَيْهِ، فَقَالَ: مَا أَرَى بَأْسًا، مَن اسْتَطَاعَ مِنْكُمْ أَنْ يَنْفَعَ أَخَاهُ فَلْيَنْفَعْهُ»[٥] رواه مسلم.

وعن عوف بن مالك قال: «كُنَّا نَرْقِى فِى الْجَاهِلِيَّةِ، فَقُلْنَا: يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا تَقُولُ فِى ذَلِكَ؟ قَالَ: اعْرِضُوا عَلَى رُقَاكُمْ، لَا بَأْسَ بِالرُّقَى مَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ شِرْكٌ»[٦] رواه

---

(١) أخرجه البخارى (١١/ ٣٥٧) (٥٧٣٩)، ومسلم (٤/ ١٧٢٥) (٥٩/ ٢١٩٧).

(٢) فى أ: تغير.

(٣) أخرجه مسلم (٤/ ١٧٢٥) (٥٧، ٥٨/ ٢١٩٦).

وأحمد (٣/ ١١٨، ١٢٧)، وابن ماجه (٥/ ١٦٥) فى كتاب الطب باب ما رخص فيه من الرقى (٣٥١٦)، والنسائى فى الكبرى (٤/ ٣٦٦) (٧٥٤١)، والترمذى (٣/ ٥٧٤) (٢٠٥٦)، وقال حسن غريب، والبيهقى (٩/ ٣٤٨).

(٤) أخرجه مسلم (٤/ ١٧٢٦) فى كتاب السلام، باب استحباب الرقية (٦١/ ٢١٩٩)، أحمد (٣/ ٣٠٢، ٣١٥)، وعبد بن حميد (١٠٢٦)، وابن ماجه (٥/ ١٦٤ - ١٦٥) (٣٥١٥)، وأبو يعلى (١٩١٣، ١٩١٤).

(٥) أخرجه مسلم (٤/ ١٧٢٦) (٦٠/ ٢١٩٨)، وأحمد (٣/ ٣٣٣، ٣٨٢).

(٦) أخرجه مسلم (٤/ ١٧٢٧) (٦٤/ ٢٢٠٠)، وأبو داود (٢/ ٤٠٣) (٣٨٨٦).

مسلم.

وعن الشِفاء بنت عبيد الله قالت: «دَخَلَ عَلَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَأَنَا عِنْدَ حَفْصَةَ، فَقَالَ: أَلَا تُعَلِّمِينَ هَذِهِ رُقْيَةَ النَّمْلَةِ كَمَا عَلَّمْتِهَا الْكِتَابَةَ؟»(١) رواه أبو داود بإسناد صحيح.

وعن أبى خِزامة عن أبيه(٢): «أَنَّ أَبَاهُ حَدَّثَهُ أَنَّهُ قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَرَأَيْتَ دَوَاءً نَتَدَاوَى بِهِ، وَرُقًى نَسْتَرْقِى بِهَا، وَتُقَاةً نَتَّقِيهَا هَلْ يَرُدُّ ذَلِكَ مِنْ قَدَرِ اللَّهِ مِنْ شَىْءٍ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: إِنَّهُ مِنْ قَدَرِ اللَّهِ»(٣)، رواه الترمذى وابن ماجه والبيهقى.

أما حديث عمران بن الحصين عن النبى ﷺ قال: «لَا رُقْيَةَ إِلَّا مِنْ عَيْنٍ أَوْ حُمَةٍ»(٤) فصحيح رواه أبو داود والترمذى وغيرهما بأسانيد صحيحة.

قال البيهقى: معناه هما أولى بالرقى من غيرهما؛ لما فيهما من زيادة الضرر، والله تعالى أعلم.

وروى البيهقى بإسناده الصحيح عن يحيى بن سعيد عن عمرة عن عائشة قالت: «دخل أبو بكر - رضى الله عنه - عليها، وعندها يهودية ترقيها، فقال: ارقيها بكتاب الله عز وجل»(٥)، وبإسناده الصحيح عن الربيع بن سليمان قال: «سألت الشافعى عن الرقية فقال: لا بأس أن يرقى الإنسان بكتاب الله عز وجل، وما يعرف من ذكر الله تعالى قلت: أيرقى أهل الكتاب المسلمين؟ فقال: نعم إذا رقوا بما يعرف من كتاب الله أو ذكر الله، قلت: وما الحجة فى ذلك؟ فقال: فيه غير حجة، فإن مالكا أخبرنا عن يحيى بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن أن أبا بكر دخل على عائشة رضى الله عنها وهى تشتكى ويهودية ترقيها، فقال أبو بكر رضى الله عنه: ارقيها بكتاب الله» قال البيهقى: والأخبار فيما رقى به النبى ﷺ ورقى به، وفيما تداوى به

---

(١) أخرجه أحمد (٦/ ٣٧٢)، وأبو داود (٢/ ٤٠٣) (٣٨٨٧)، والنسائى فى الكبرى (٤/ ٣٦٦) (٧٥٤٣).

(٢) فى أ: إن أباه حدثه.

(٣) أخرجه أحمد فى المسند (٣/ ٤٢١)، والترمذى (٣/ ٥٨١) (٢٠٦٥)، (٢١٤٨)، وابن ماجه (٥/ ١١٦) (٣٤٣٧).

(٤) أخرجه الحميدى (٨٣٦)، وأحمد (٤/ ٤٣٦، ٤٣٨، ٤٤٦)، وأبو داود (٢/ ٤٠٢ - ٤٠٣) (٣٨٨٤)، والترمذى (٣/ ٥٧٥) (٢٠٥٧).

(٥) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٩/ ٣٤٩) فى كتاب الضحايا، باب إباحة الرقية.

وأمر بالتداوى به كثيرة، والله أعلم.

فرع: فى تعليق التمائم.

عن زينب امرأة عبد الله بن مسعود عن عبد الله بن مسعود - رضى الله عنه - قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إِنَّ الرُّقَى وَالتَّمَائِمَ وَالتُّوَلَةَ شِرْكٌ، قَالَتْ قُلْتُ: لِمَ تَقُولُ هَذَا؟ وَاللَّهِ لَقَدْ كَانَتْ عَيْنِى تَقْذِفُ، وَكُنْتُ أَخْتَلِفُ إِلَى فُلَانٍ الْيَهُودِى يَرْقِينِى، فَإِذَا رَقَانِى سَكَنَتْ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ: إِنَّمَا كَانَ[1] عَمَلُ الشَّيْطَانِ يَنْخُسُهَا بِيَدِهِ، فَإِذَا رَقَاهَا كَفَّ عَنْهَا، إِنَّمَا كَانَ يَكْفِيكِ أَنْ تَقُولِى كَمَا كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: أَذْهِبْ الْبَأْسَ رَبَّ النَّاسِ، اشْفِ أَنْتَ الشَّافِى، لَا شِفَاءَ إِلَّا شِفَاؤُكَ، شِفَاءً لَا يُغَادِرُ سَقَمًا»[2] رواه أبو داود وابن ماجه.

قال أبو عبيد: التولة - بكسر التاء - هو الذى يحبب المرأة إلى زوجها وهو من السحر قال: وذلك لا يجوز.

أما الرقاء والتمائم، قال: فالمراد بالنهى ما كان بغير لسان العربية بما لا يدرى ما هو.

قال البيهقى: ويقال: إن التميمة خرزة كانوا يعلقونها[3]، يرون أنها تدفع عنهم الآفات، ويقال: قلادة يعلق فيها العود.

وعن عقبة بن عامر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «مَنْ عَلَّقَ تَمِيمَةً فَلَا أَتَمَّ اللَّهُ لَهُ، وَمَنْ عَلَّقَ وَدَعَةً فَلَا وَدَعَ اللَّهُ لَهُ»[4] رواه البيهقى.

وقال: هو أيضا راجع إلى معنى ما قال أبو عبيدة، قال: ويحتمل أن يكون ذلك وما أشبهه من النهى والكراهة فيمن يعلقها، وهو يرى تمام العافية، وزوال العلة بها[5]، على ما كانت عليه الجاهلية، وأما من يعلقها متبركا بذكر الله تعالى فيها،

---

(١) فى أ: ذاك.

(٢) أخرجه أحمد فى المسند (١/ ٣٨١)، وأبو داود (٤/ ٢١٢)، وفى الطب: باب تعليق التمائم (٣٨٨٣)، وابن ماجة (٢/ ١١٦٧، ١١٦٦) فى الطب: باب تعليق التمائم (٣٥٣٠)، والحاكم فى المستدرك (٤/ ٤١٧)، وفى الفتن: باب الدعاء عند عيادة المريض وقال صحيح الإسناد على شرط الشيخين ووافقه الذهبى.

(٣) فى أ: يتعلقونها.

(٤) أخرجه أحمد (٤/ ١٥٤)، والبيهقى فى الكبرى (٩/ ٣٥٠)، وذكره الهيثمى فى المجمع (٥/ ١٠٦)، وعزاه لأحمد وأبى يعلى والطبرانى وقال رجالهم ثقات.

(٥) فى أ: منها.

وهو يعلم أن لا كاشف له إلا الله ولا دافع عنه سواه، فلا بأس بها إن شاء الله تعالى.

ثم روى البيهقى بإسناده[١] عن عائشة - رضى الله عنها - قالت: «ليست التميمة ما يعلق قبل البلاء، إنما التميمة ما يعلق بعد البلاء لتدفع به المقادير»، وفى رواية عنها قالت: «التمائم ما علق قبل نزول البلاء، وما علق بعد نزول البلاء فليس بتميمة» قال البيهقى: هذه الرواية أصح، ثم روى بإسناد صحيح عنها قالت: «ليس بتميمة ما علق بعد أن يقع البلاء»[٢] قال البيهقى: وهذه الرواية تدل على صحة التى قبلها.

وعن عمران بن الحصين: «أَنَّهُ دَخَلَ عَلَى النَّبِى ﷺ وَفِى عُنُقِهِ حَلْقَةٌ مِنْ شَعَرٍ[٣] فَقَالَ: مَا هَذِهِ؟ قَالَ مِنَ الْوَاهِنَةِ[٤]، قَالَ: أَيَسُرُّكَ أَنْ تُوَكَّلَ إِلَيْهَا؟ انْبِذْهَا عَنْكَ»[٥] رواه ابن ماجه والبيهقى بإسنادين فى كل منهما من اختلف فيه.

وعن ابن مسعود: «من علق[٦] شيئا وكل إليه»[٧].

وروى البيهقى بإسناد صحيح عن سعيد بن المسيب أنه كان يأمر بتعليق القرآن، وقال: لا بأس به، قال البيهقى: هذا كله راجع إلى ما قلنا إنه: إن رقى بما لا يعرف، أو على ما كانت عليه الجاهلية من إضافة العافية[٨] إلى الرقى، لم يجز، وإن رقى بكتاب الله أو بما يعرف من ذكر الله تعالى متبركا به وهو يرى نزول الشفاء من الله تعالى فلا بأس به، والله تعالى أعلم.

فرع: فى النشرة بضم النون وإسكان الشين المعجمة، قال الخطابى: النشرة: ضرب من الرقية والعلاج يعالج به من كان يظن به مس من الجن، قيل: سميت

---

(١) أخرجه البيهقى (٩/ ٣٥٠) فى كتاب الضحايا باب التمائم.

(٢) تقدم.

(٣) فى أ: صفر.

(٤) فى أ: المواهبة.

(٥) أخرجه البيهقى (٩/ ٣٥٠ - ٣٥١)، وبمعناه أخرجه أحمد (٤/ ٤٢٧و٤٣٠)، وابن ماجه (٥/ ١٧٥) (٣٥٣١)، وابن حبان (٦٠٨٥)، والطبرانى فى الكبير (١٨/ ٣٩١)، والحاكم (٤/ ٢١٦).

(٦) فى أ: تعلق.

(٧) أخرجه البيهقى (٩/ ٣٥١) عن الحسن البصرى مرسلاً.

(٨) فى أ: العاقبة.

نشرة؛ لأنه ينشرها عنه، أى: يحل عنه ما جاء مرة[١] من الداء.

وجاء فى حديث جابر رضى الله عنه قال: «سُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ النُّشْرَةِ فَقَالَ: هُوَ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ»[٢] رواه أبو داود بإسناد صحيح.

قال البيهقى: وقد روى عن النبى ﷺ مرسلا قال: وهو مع إرساله أصح، قال: والقول فيما لا يكره من النشرة وفيما يكره، كالقول فى الرقية وقد ذكرناه.

فرع: فى العين والاغتسال لها.

عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى ﷺ قال: «الْعَيْنُ حَقٌّ»[٣] رواه البخارى ومسلم.

وعن أم سلمة: «أَنَّ النَّبِى ﷺ رَأَى فِى بَيْتِهَا جَارِيَةً فِى وَجْهِهَا سَفْعَةٌ، فَقَالَ اسْتَرْقُوا لَهَا فَإِنَّ بِهَا النَّظْرَةَ»[٤] رواه البخارى ومسلم وقد سبق بيانه فى فرع الرقى والنظرة العين.

وعن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «الْعَيْنُ حَقٌّ، وَلَوْ كَانَ شَىء سَابَقَ الْقَدَرَ سَبَقَتْهُ الْعَيْنُ، وإِذَا اسْتَغْسَلْتُمْ فَاغْسِلُوا»[٥] رواه مسلم.

قال العلماء: الاستغسال أن يقال للعائن - وهو الناظر بعينه بالاستحسان - اغسل داخلة إزارك مما يلى الجلد بماء، ثم يصب ذلك الماء على المعين، وهو المنظور إليه.

وثبت عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت: «كَانَ يُؤْمَرُ الْعَائِنُ فَيَتَوَضَّأُ ثُمَّ يَغْتَسِلُ مِنْهُ الْمَعِينُ»[٦] رواه أبو داود بإسناد صحيح على شرط البخارى ومسلم.

---

(١) فى أ: ما خامره.

(٢) أخرجه أحمد فى المسند (٣/ ٢٩٤)، وأبو داود (٢/ ٣٩٩) (٣٨٦٨)، والبيهقى فى الكبرى (٩/ ٣٥١).

(٣) أخرجه البخارى (١٠/ ٢٠٣) فى كتاب باب العين حق (٥٧٤٠)، ومسلم (٤/ ١٧١٩) فى كتاب السلام باب الطب والمرض (٤١/ ٢١٨٧).

(٤) تقدم.

(٥) أخرجه مسلم (٤/ ١٧١٩) فى كتاب السلام باب الطب والمرض والرقى (٤٢/ ٢١٨٨)، والطبرانى فى الكبير (١١/ ٢٠).

وذكره الهيثمى فى المجمع (٥/ ١١٠)، وقال رواه أحمد والطبرانى وفيه دويد البصرى قال أبو حاتم لين وبقية رجاله ثقات.

(٦) أخرجه أبو داود (٢/ ٤٠١) فى كتاب الطب باب ماجاء فى العين (٣٨٨٠)، والبيهقى فى =

وعن الزهرى عن أبى أمامة سهل بن حنيف، قال: «مَرَّ عَامِرُ بْنُ رَبِيعَةَ عَلَى سَهْلِ ابْنِ حُنَيْفٍ وَهُوَ يَغْتَسِلُ، فَقَالَ: لَمْ أَرَ كَالْيَوْمِ وَلَا جِلْدَ مُخَبَّأَةٍ، فَمَا لَبِثَ أَنْ لُبِطَ بِهِ فَأُتِيَ بِهِ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَ لَهُ أَدْرِكْ سَهْلًا صَرِيعًا فَقَالَ مَنْ يَتَّهِمُونَ بِهِ؟ قَالُوا: عَامِرَ بْنَ رَبِيعَةَ فَقَالَ عَلَامَ يَقْتُلُ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ؟ إِذَا رَأَى مَا يُعْجِبُهُ فَلْيَدْعُ بِالْبَرَكَةِ، وَأَمَرَهُ أَنْ يَتَوَضَّأَ وَيَغْسِلَ وَجْهَهُ وَيَدَيْهِ وَمِرْفَقَيْهِ وَرُكْبَتَيْهِ وَدَاخِلَةَ إِزَارِهِ، وَيُصَبَّ الْمَاءُ عَلَيْهِ»[(١)] قال الزهرى: ويكفأ الإناء من خلفه.

رواه النسائى فى كتابه عمل اليوم والليلة وابن ماجه والبيهقى فى سننهما بأسانيد صحيحة.

قال الزهرى: الغسل الذى أدركنا علماءنا يصفونه: أن يؤتى الرجل العائن بقدح فيه ماء فيمسك له مرفوعا من الأرض، فيدخل العائن يده اليمنى فى الماء فيصب على وجهه صبة واحدة فى القدح، ثم يدخل يديه جميعا فى الماء صبة واحدة فى القدح، ثم يدخل يديه فيتمضمض ثم يمجه، ثم يدخل يده اليسرى فيغترف من الماء فيصبه على ظهر كفه اليمنى صبة واحدة، فى القدح، ثم يدخل يده اليسرى فيصب على مرفق يده اليمنى صبة واحدة فى القدح، وهو ثان يده إلى عنقه، ثم يفعل مثل ذلك فى مرفق يده اليسرى، ثم يفعل مثل ذلك فى ظهر قدمه اليمنى من عند الأصابع واليسرى كذلك، ثم يده اليسرى، فيصب على ركبته اليمنى، ثم يفعل باليسرى مثل ذلك ثم يغمس داخلة إزاره اليمنى فى الماء، ثم يقوم الذى فى يده القدح بالقدح فيصبه على رأس المعين من ورائه، ثم يكفأ القدح على وجه الأرض من ورائه.

وذكر البيهقى عن الزهرى من طرقه زاد فى بعضها: ثم يعطى ذلك[(٢)] الرجل الذى أصابه به القدح فيحسو منه ويتمضمض، ويهريق على وجهه، ثم يصب على رأسه، ثم يكفأ القدح على ظهره.

قال البيهقى: قال أبو عبيد: إنما أراد بداخلة الإزار طرف إزاره الداخل الذى يلى

= الكبرى (٩/ ٣٥١).

(١) أخرجه مالك فى الموطأ (٤/ ٩٣٩)، وفى كتاب العين: باب الوضوء من العين (٢)، وأحمد فى المسند (٣/ ٤٨٦ - ٤٨٧)، وابن ماجة (٢/ ١١٦٠)، وفى الطب: باب العين (٣٥٠٩)، وابن حبان ذكره الهيثمى فى الموارد (٣٤٤ - ٣٤٥)، وفى الطب: باب ما جاء فى العين (١٤٢٤).

(٢) فى أ: ذاك.

جسده، والله أعلم.

فصل: فى الجبن:

أجمعت الأمة على جواز أكل الجبن ما لم يخالطه نجاسة، بأن يوضع فيه إنفحة ذبحها من لا يحل ذكاته، فهذا الذى ذكرناه من دلالة الإجماع هو المعتمد فى إباحته، وقد جمع البيهقى فيه أحاديث كثيرة:

منها: حديث ابن عمر رضى الله عنه: «أَنَّ النَّبِى ﷺ أُتِى بِجُبْنٍ[1] فِى تَبُوكَ فَدَعَا بِسِكِّينٍ فَسَمَّى وَقَطَعَ»[2] رَوَاهُ أَبُو دَاوُد بِإِسْنَادٍ ضَعِيفٍ.

وَعَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمَّا فَتَحَ مَكَّةَ رَأَى جُبْنَةً فَقَالَ: مَا هَذَا؟ فَقَالُوا: هَذَا طَعَامٌ يُصْنَعُ بِأَرْضِ الْعَجَمِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: ضَعُوا فِيهِ السِّكِّينَ وَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ وَكُلُوا»[3] رواه البيهقى بإسناد فيه ضعف.

وعن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال: «الجبن من اللبن واللبأ فكلوا، واذكروا اسم الله عليه، ولا يغرنكم أعداء الله»[4].

وعن على رضى الله عنه: «إذا أردت أن تأكل الجبن فضع الشفرة فيه، واذكر اسم الله عز وجل عليه وكل»[5]، وروى البيهقى نحوه عن عائشة وأم سلمة قال: وروى عن سلمان الفارسى، ثم روى البيهقى فى باب ما يحل من الجبن عن عمر رضى الله عنه قال: «كلوا الجبن ما[6] صنعه أهل الكتاب»[7]، وفى رواية: «ولا تأكلوا من الجبن إلا ما صنعه أهل الكتاب»، وعن ابن مسعود: «كلوا من الجبن ما صنعه المسلمون وأهل الكتاب»[8]، وعن ابن عمر مثله.

قال البيهقى: وهذا التقييد؛ لأن الجبن يعمل بإنفحة السخلة المذبوحة، فإذا كانت من ذبائح المجوس لم تحل.

---

(١) فى أ: بجنة.

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٨٧) فى كتاب الأطعمة باب أكل الجبن (٣٨١٩)، والبيهقى (١٠/ ٦).

(٣) أخرجه البيهقى (١٠/ ٦) فى كتاب الضحايا باب أكل الجبن.

(٤) ينظر السابق.

(٥) ينظر السابق.

(٦) فى أ: مما.

(٧) أخرجه البيهقى (١٠/ ٦).

(٨) ينظر السابق.

وعن ابن عمر أنه سئل عن السمن والجبن فقال: «سم وكل، فقيل له: إن فيه ميتة، فقال: إن علمت أن فيه ميتة فلا تأكله»[(١)].

قال البيهقى: وقد كان بعض الصحابة يسأل عنه تغليبا للطهارة، وروينا ذلك عن ابن عباس وابن عمر وغيرهما، وكان بعضهم يسأل عنه احتياطا.

ورويناه عن أبى مسعود الأنصارى قال: «لأن أخر من هذا القصر أحب إلى من أن آكل جبنا لا أسأل عنه»[(٢)].

وعن الحسن البصرى قال: «كان أصحاب النبى ﷺ يسألون عن الجبن ولا يسألون عن السمن»[(٣)]، وعن أبان بن أبى عياش عن أنس بن مالك قال: «كُنَّا نَأْكُلُ الْجُبْنَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَبَعْدَ ذَلِكَ لَا نَسْأَلُ عَنْهُ»[(٤)] حديث ضعيف، أبان بن أبى عياش ضعيف متروك.

فصل: يحل أكل الكبد والطحال بلا خلاف؛ للحديث الصحيح السابق: «أُحِلَّ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ، فَأَمَّا الْمَيْتَتَانِ فَالسَّمَكُ وَالْجَرَادُ، وَالدَّمَانِ الْكَبِدُ وَالطِّحَالُ»، وقد سبق أنه حديث صحيح من لفظ ابن عمر هكذا، وأن هذه الصيغة تقتضى رفعه إلى النبى ﷺ.

وروى البيهقى عن زيد بن ثابت قال: «إنى لآكل الطحال وما بى إليه حاجة إلا ليعلم أهلى أنه لا بأس به».

وعن عكرمة قال: قال رجل لابن عباس: آكل الطحال؟ قال: نعم قال: إن عامتها دم؟ قال: إنما حرم الدم المسفوح[(٥)].

فصل: عن مجاهد قال: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَكْرَهُ مِن الشَّاةِ سَبْعًا: الدَّمَ، وَالْمِرَارَ، وَالذَّكَرَ، وَالْأُنْثَيَيْنِ، وَالْحَيَا، وَالْغُدَّةَ، وَالْمَثَانَةَ، وَكَانَ أَعْجَبُ الشَّاةِ إِلَيْهِ مُقَدَّمَهَا» رواه البيهقى هكذا مرسلا وهو ضعيف، قال: وروى موصولا بذكر ابن عباس وهو حديث [ضعيف كالمرسل] قال: ولا يصح وصله. قال الخطابى:

---

(١) أخرجه البيهقى (١٠/٧).
(٢) ينظر السابق.
(٣) ينظر السابق.
(٤) ينظر السابق.
(٥) ينظر السابق.

الدم حرام بالإجماع وعامة المذكورات معه مكروهة غير محرمة.

فصل: فيما حرم على بنى إسرائيل ثم ورد شرعنا بنسخه.

اعلم أن الشافعى - رضى الله عنه - ﷺ اعتنى بهذا الفصل وبسط الكلام فيه، وهو مما يحتاج إلى بيانه قال الله تعالى: ﴿كُلُّ ٱلطَّعَامِ كَانَ حِلًّا لِّبَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ إِلَّا مَا حَرَّمَ إِسْرَٰٓءِيلُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ﴾ [آل عمران: ٩٣] الآية.

وقال تعالى: ﴿فَبِظُلْمٍ مِّنَ ٱلَّذِينَ هَادُوا۟ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَٰتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ﴾ [النساء: ١٦٠].

وقال تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلَّذِينَ هَادُوا۟ حَرَّمْنَا كُلَّ ذِى ظُفُرٍ ۖ وَمِنَ ٱلْبَقَرِ وَٱلْغَنَمِ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَآ إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَآ أَوِ ٱلْحَوَايَآ أَوْ مَا ٱخْتَلَطَ بِعَظْمٍ ۚ﴾ [الأنعام: ١٤٦].

قال الشافعى: الحوايا: ما حول الطعام والشراب فى البطن.

وقال ابن عباس: كل ذى ظفر: البعير والنعامة، وما حملت ظهورهما يعنى: ما علق بالظهر من الشحم، والحوايا: المبعر.

وبينت الأحاديث الصحيحة أن رسول الله ﷺ قال: «لَعَنَ اللَّهُ الْيَهُودَ حُرِّمَتْ عَلَيْهِمْ الشُّحُومُ فَجَمَلُوهَا فَبَاعُوهَا وَأَكَلُوا أَثْمَانَهَا»[1] جملوها، بالجيم أى أذابوها.

قال الشافعى: فلم يزل ما حرم الله تعالى على بنى إسرائيل من اليهود وغيرهم محرما من حين حرمه، حتى بعث الله عز وجل محمدا ﷺ ففرض الإيمان به وأعلم خلقه أن دينه الإسلام الذى نسخ به كل دين قبله، فقال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلدِّينَ عِندَ ٱللَّهِ ٱلْإِسْلَٰمُ ۗ﴾ [آل عمران: ١٩] ﴿وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ ٱلْإِسْلَٰمِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِى ٱلْءَاخِرَةِ مِنَ ٱلْخَٰسِرِينَ﴾ [آل عمران: ٨٥] وقال تعالى: ﴿قُلْ يَٰٓأَهْلَ ٱلْكِتَٰبِ تَعَالَوْا۟ إِلَىٰ كَلِمَةٍ سَوَآءٍۭ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ أَلَّا نَعْبُدَ إِلَّا ٱللَّهَ﴾ [آل عمران: ٦٤] الآية، وأمر بقتالهم حتى يعطوا الجزية إن لم يسلموا، وأنزل فيهم: ﴿ٱلَّذِينَ يَتَّبِعُونَ ٱلرَّسُولَ ٱلنَّبِىَّ ٱلْأُمِّىَّ ٱلَّذِى يَجِدُونَهُۥ مَكْتُوبًا عِندَهُمْ فِى ٱلتَّوْرَىٰةِ وَٱلْإِنجِيلِ يَأْمُرُهُم بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَىٰهُمْ عَنِ ٱلْمُنكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَٱلْأَغْلَٰلَ ٱلَّتِى كَانَتْ

---

(١) أخرجه البخارى (١٠/ ٣٨٦) فى كتاب اللباس: باب وصل الشعر (٥٩٣٢)، ومسلم (٣/ ١٦٧٩)، وفى كتاب اللباس: باب تحريم فعل الواصلة والمستوصلة (١٢٢/ ٢١٢٧)، ومالك فى الموطأ (٢/ ٩٤٧)، وفى الشعر: باب السنة فى الشعر: (٢).

عَلَيْهِمْ﴾ [الأعراف: ١٥٧] قال الشافعى: فقيل: معناه: أوزارهم وما منعوا مما أحدثوا قبل ما شرع من نبينا محمد ﷺ.

قال الشافعى: فلم يبق خلق يعقل منذ بعث الله عز وجل محمدا ﷺ من جن ولا إنس بلغته دعوته إلا قامت عليه حجة الله تعالى باتباع دينه، ولزم كل امرئ منهم تحريم ما حرم الله على لسان نبيه ﷺ وإحلال ما أحل الله على لسانه ﷺ.

قال الشافعى: وأحل الله تعالى طعام أهل الكتاب فكان ذلك عند أهل التفسير ذبائحهم، لم يستثن منها شيئا لا شحما ولا غيره، فدل على جواز أكل جميع الشحوم من ذبائحهم وذبائح المسلمين.

وفى الصحيحين عن عبد الله بن مغفل - رضى الله عنه - قال: «دلى جراب من شحم يوم خيبر فالتزمته فقلت: هذا لى لا أعطى أحدا منه شيئا، فالتفت، فإذا النبى ﷺ يتبسم فاستحييت منه»[1].

فرع: مذهبنا: أن الشحوم التى كانت محرمة على اليهود حلال لنا ليست مكروهة، وبه قال أبو حنيفة والثورى والأوزاعى وجماهير العلماء، وبعض أصحاب أحمد وهو قول الخرقى منهم.

قال العبدرى: وقال مالك: هى مكروهة ليست محرمة.

وقال ابن القاسم وأشهب وبعض أصحاب أحمد: هى محرمة.

وقيل: إنه مروى عن مالك أيضا.

قال القاضى عياض: هذا قول كبراء أصحاب مالك.

دليلنا: ما سبق فى الفصل قبله، والله تعالى أعلم.

فرع: فى بيان ما حرم المشركون من الذبائح، وبيان أنها ليست محرمة.

قال الشافعى - رحمه الله -: حرم المشركون على أنفسهم من أموالهم أشياء بين الله عز وجل أنها ليست محرمة، وذلك كالبحيرة والسائبة والوصيلة والحامى، كانوا ينزلونها فى الإبل والغنم كالعتق، فيحرمون ألبانها ولحومها وملكها، وساق الكلام فى ذلك، والله تعالى أعلم.

---

(١) أخرجه البخارى (٦/ ٣٨٧) فى كتاب فرض الخمس باب ما يصيب من الطعام فى أرض الحرب (١٣٥٣). وطرفاه فى (٤٢١٤، ٥٥٠٨)، ومسلم (٣/ ١٣٩٣) فى كتاب الجهاد والسير باب جواز الأكل من طعام الغنيمة فى دار الحرب (٧٢، ٧٣/ ١٧٧٢).

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: لا يحل شيء من الحيوان المأكول سوى السمك والجراد إلا بذكاة؛ لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ وَٱلْمُنْخَنِقَةُ وَٱلْمَوْقُوذَةُ وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ وَٱلنَّطِيحَةُ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى ٱلنُّصُبِ﴾ [المائدة: ٣] ويحل السمك والجراد من غير ذكاة؛ لقوله ﷺ: «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ السَّمَكُ وَالْجَرَادُ».

ولأن ذكاتهما لا تمكن فى العادة فسقط اعتبارها.

الشرح: هذا الحديث[١] سبق بيانه واضحا فى باب الأطعمة وذكرنا أنه من رواية ابن عمر، وأن الصحيح أن ابن عمر هو القائل: «أحلت لنا»، وأنه يكون بهذه الصيغة مرفوعا.

والميتة: ما فارقت[٢] الحياة بغير ذكاة، وقوله تعالى: ﴿وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ﴾ [المائدة: ٣] أى ما ذبح لصنم ونحوه، وقد سبق بيان هذا واضحا فى باب الأضحية.

والموقوذة: المضروبة بعصا ونحوها، والمتردية: التى تسقط من علو فتموت، والنطيحة: المنطوحة.

وقول المصنف: لا يحل شيء من الحيوان المأكول سوى السمك والجراد إلا بذكاة، كلام صحيح، ولا يرد الصيد الذى قتلته جارحة أو سهم، فإن ذلك ذكاته، وكذا الجنين فى بطن أمه، فإن ذكاة أمه ذكاة له كما جاء به الحديث، وقد أوضحه المصنف فى أواخر هذا الباب، وكذا الحيوان الذى تردى فى بئر أو بند[٣]، فإنه يقتل حيث أمكن وذلك ذكاة له كما ذكره المصنف بعد هذا، والله أعلم.

وقد أجمعت الأمة على تحريم الميتة غير السمك والجراد، وأجمعوا على إباحة السمك والجراد، وأجمعوا أنه لا يحل من الحيوان غير السمك والجراد إلا بذكاة أو ما فى معنى الذكاة، كما ذكرنا، فلو ابتلع عصفورا حيا فهو حرام بلا خلاف، وقد سبق بيانه فى الأطعمة.

ولو ذكى الحيوان وله يد شلاء فهل تحل بالذكاة؟ فيه وجهان:

---

(١) تقدم.
(٢) فى أ: فارقه.
(٣) فى أ: يند.

الصحيح: الحل.

والثانى: أنها ميتة فلا تحل. والله أعلم.

أما السمك والجراد فحلال، وميتتهما حلال بالإجماع، ولا حاجة إلى ذبحه ولا قطع رأس الجراد.

قال أصحابنا: ويكره ذبح السمك إلا أن يكون كبيرا يطول بقاؤه فوجهان:

أصحهما: يستحب ذبحه راحة له.

والثانى: يستحب تركه ليموت بنفسه.

ولو صاد مجوسى سمكة حلت بلا خلاف؛ لأن ميتتها حلال، ولو ابتلع سمكة حية أو قطع فلقة منها وأكلها أو ابتلع جرادة حية أو فلقة منها فوجهان:

أصحهما: يكره ولا يحرم.

والثانى: يحرم، وبه قطع الشيخ أبو حامد.

ولو وجدت سمكة فى جوف سمكة فهما حلال؛ كما لو ماتت حتف أنفها، بخلاف ما لو ابتلعت عصفورا أو غيره فوجد فى جوفها ميتا، فإنه حرام بلا خلاف، ولو تقطعت سمكة فى جوف سمكة وتغير لونها لم تحل على أصح الوجهين؛ لأنها كالروث والقىء.

ولو قلى السمك قبل موتها وطرحها فى الزيت المغلى وهى تضطرب: قال الشيخ أبو حامد: لا يحل فعله؛ لأنه تعذيب، وهذا تفريع على اختياره فى ابتلاع السمكة حية أنه حرام، فإن قلنا بكراهة ذلك فلا يحرم، فكذا هذا.

وأما السمك الصغار الذى يقلى ويشوى ولا يشق جوفه، ولا يخرج ما فيها، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يحل أكله، وبه قال الشيخ أبو حامد؛ لأن روثه نجس.

والثانى: يحل، وبه قال القفال، وصححه الفورانى وغيره.

قال الرويانى: وبه أفتى. قال: ورجيعه طاهر عندى، واحتج له غيره بأنه يعتد ببيعه[١]، وقد جرى الأولون على المسامحة.

فرع: ذكرنا أن مذهبنا إباحة ما صاده المجوسى من السمك ومات فى يده،

---

(١) فى أ: يعصر بيعه.

وهكذا الجراد.

فأما السمك فمجمع عليه.

وأما الجراد فوافقنا عليه الأوزاعى وأبو حنيفة وأحمد وإسحاق وجمهور العلماء.

قال الليث ومالك: لا يؤكل ما صاده من الجراد، بخلاف السمك، وفرقهما ضعيف.

دليلنا: حديث: «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ».

فرع: قد ذكرنا أن مذهبنا إباحة ميتات السمك، سواء الذى مات بسبب والذى مات حتف أنفه ويسمى الطافى، وبه قال جمهور العلماء، خلافا لأبى حنيفة وطائفة، وقد سبقت المسألة مبسوطة بأدلتها فى باب الأطعمة.

وأما الجراد فتحل ميتته سواء مات بسبب أو حتف أنفه ولا يشترط قطع رأسه.

هذا مذهبنا، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وجماهير العلماء.

قال العبدرى: هو قول محمد بن الحكم والأبهرى المالكيين، وعامة العلماء.

وقال مالك: لا تحل إلا إذا مات بسبب بأن يقطع بعضه أو يسلق أو يشوى أو يقلى حيا، وإن لم يقطف رأسه، قال: فإن مات حتف أنفه أو فى وعاء لم يؤكل وهذا رواية عن أحمد، والصحيح عندنا[1] ما قدمناه، دليلنا ما ذكره المصنف.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: والأفضل أن يكون المذكى مسلما، فإن ذبح مشرك نظرت:

فإن كان مرتدا أو وثنيا أو مجوسيا، لم يحل؛ لقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ﴾ [المائدة: ٥] وهؤلاء ليسوا من أهل الكتاب.

وإن كان يهوديا أو نصرانيا من العجم، حل؛ للآية الكريمة.

وإن كان من نصارى العرب وهم بهراء وتنوخ وتغلب، لم يحل؛ لما روى عن عمر - رضى الله عنه - أنه قال: «ما نصارى العرب بأهل كتاب لا تحل لنا ذبائحهم».

وعن على بن أبى طالب رضى الله عنه[2] أنه قال: «لا تحل ذبائح نصارى بنى

---

(١) فى أ: عنه.

(٢) فى أ: كرم الله وجهه.

تغلب».

ولأنهم دخلوا فى النصرانية بعد التبديل، ولا يعلم هل دخلوا فى دين من بدل منهم؟ أو فى دين من لم يبدل منهم؟ فصاروا كالمجوس، لما أشكل أمرهم فى الكتاب لم تحل ذبائحهم.

والمستحب أن يكون المذكى رجلا؛ لأنه أقوى على الذبح من المرأة فإن كان امرأة جاز؛ لما روى كعب بن مالك: «أَنَّ جَارِيَةً لَهُمْ كَسَرَتْ حَجَرًا فَذَبَحَتْ بِهَا شَاةً فَسَأَلَ النَّبِى ﷺ فَأَمَرَ بِأَكْلِهَا»، ويستحب أن يكون بالغا؛ لأنه أقدر على الذبح فإن ذبح صبى حل؛ لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال: «من ذبح من ذكر أو أنثى أو صغير أو كبير وذكر اسم الله عليه حل».

وتكره ذكاة الأعمى؛ لأنه ربما أخطأ المذبح فإن ذبح حل؛ لأنه لم يفقد فيه إلا النظر وذلك لا يوجب التحريم.

وتكره ذكاة السكران والمجنون؛ لأنه لا يؤمن أن يخطئ المذبح فيقتل الحيوان فإن ذبح حل؛ لأنه لم يفقد فى ذبحهما إلا القصد والعلم وذلك لا يوجب التحريم؛ كما لو ذبح شاة وهو يظن أنه يقطع حشيشا.

الشرح: حديث كعب بن مالك[1] رواه البخارى وصححه بلفظه.

قوله: «وهم بهراء، هى بفتح الباء الموحدة، وإسكان الهاء وبالمد، وتنوخ بالتاء المثناة فوق ثم النون، وخاء معجمة، وبنو تغلب بتاء بمثناة من فوق مفتوحة وكسر اللام، وهى قبائل معروفات.

وفى الفصل مسائل:

إحداها: الأفضل أن يكون المذكى مسلما، ويشترط كونه مسلما أو كتابيا، فتحل ذبيحة الكتابى بالإجماع للآية الكريمة، وسواء فيه ما يستحله الكتابى وما لا يستحله وحقيقة الكتابى نبسطها فى كتاب النكاح حيث ذكرها الأصحاب، ومختصره ما أشار إليه المصنف أنه إن كان يهوديا أو نصرانيا من العجم، أو ممن دخل فى دينهم قبل النسخ والتبديل، حلت ذبيحته، وإن كان من نصارى العرب - وهم تنوخ وبهراء

---

(١) أخرجه البخارى (١١/ ٥٩) فى كتاب الذبائح والصيد باب ما أنهر الدم من القصب والمروة والحديد (٥٥٠٢، ٥٥٠٥).

وبنو تغلب أو غيرهم ممن شك فى وقت دخولهم فى دين أهل الكتاب - لم تحل ذبائحهم، لما ذكره المصنف، ولا تحل ذبيحة المرتد ولا الوثنى ولا المجوسى لما ذكره المصنف، وهكذا حكم الزنديق وغيره من الكفار الذين ليس لهم كتاب.

وأما المتولد بين كتابى وغيره، فإن كان أبوه غير كتابى والأم كتابية فذبيحته حرام كمناكحته، وإن كان أبوه كتابيا والأم مجوسية فقولان:

أصحهما: حرام.

والثانى: حلال، وهما كالقولين فى مناكحته.

قال أصحابنا: والمناكحة والذكاة متلازمتان لا يفترقان فمن حلت مناكحته حلت ذبيحته، ومن لا فلا إلا فى مسألة، وهى الأمة الكتابية، فإنه تحل ذبيحتها ولا تحل مناكحتها.

وقال أصحابنا: وكما تحرم ذبيحة المرتد والوثنى والمجوسى وغيرهم ممن لا كتاب له يحرم صيده بكلب أو سهم، ويحرم ما شارك فيه مسلما فلو أمر سكينا على حلق، أو قطع هذا بعض الحلقوم وهذا بعضه، أو قتلا صيدا بسهم أو كلب، لم يحل، أو[1] رميا سهمين أو أرسلا كلبين: فإن سبق سهم المسلم أو كلبه فقتل الصيد أو أنهاه إلى حركة المذبوح حل كما لو ذبح مسلم شاة، ثم قدها المجوسى، وإن سبق ما أرسله المجوسى أو جرحاه معا أو مرتبا، ولم يذفف واحد منهما فهلل[2] بهما، أو لم يعلم أيهما كان؟ فهو حرام؛ لأن الأصل فى الحيوان التحريم حتى تتحقق ذكاة مبيحة.

وقال صاحب البحر: متى اشتركا فى إمساكه وعقره أو فى أحدهما، وانفرد واحد بالآخر، أو انفرد كل واحد بأحدهما - فهو حرام، ولو كان لمسلم كلبان معلم وغيره، أو معلمان ذهب أحدهما بلا إرسال فقتلا صيدا فهو كاشتراك كلبى المسلم والمجوسى، ولو هرب الصيد من كلب المسلم فعارضه كلب مجوسى فرده عليه فقتله كلب المسلم حل؛ كما لو ذبح المسلم شاة أمسكها مجوسى، ولو جرحه مسلم أولا ثم قتله مجوسى أو جرحه جرحا غير مذفف ومات بالجرحين فحرام، ولو

---

(١) فى أ: ولو.
(٢) فى أ: فهلك.

كان المسلم قد أثخنه بجراحته فقد ملكه، ويلزم المجوسى له قيمته؛ لأنه أتلفه بجعله ميتة، ويحل ما اصطاده المسلم بكلب المجوسى كما تحل ذبيحته بسكينته، ولو أكره مجوسى مسلما على ذبح شاة، أو محرم حلالا على ذبح صيد، فذبح - حل بلا خلاف، وممن صرح به إبراهيم المروزى فى مسألة الإكراه على القتل، والله أعلم.

المسألة الثانية: تحل ذبيحة المرأة [بالإجماع](١)؛ لحديث كعب بن مالك المذكور فى الكتاب، وذكاة الرجل أفضل من ذكاتها؛ لما ذكره المصنف وسواء كانت المرأة حرة أو أمة طاهرا أو حائضا أو نفساء مسلمة أو كتابية، فذبيحتها فى كل هذه الأحوال حلال، نص عليه الشافعى واتفقوا عليه.

الثالثة: الأفضل أن يكون الذابح بالغا عاقلا، فإن ذبح صبى مميز حلت ذبيحته على المذهب وهو المنصوص.

وبه قطع المصنف والجمهور وحكى إمام الحرمين والغزالى وغيرهما فيه وجهين:

الصحيح: الحل.

والثانى: التحريم.

وأما الصبى الذى لا يميز والمجنون والسكران ففيهم طريقان:

أحدهما: القطع بحل ذبائحهم، وبه قطع الشيخ أبو حامد والمصنف وجمهور العراقيين.

والثانى: فيه قولان:

أصحهما: الحل.

والثانى: التحريم، واختاره إمام الحرمين والغزالى وغيرهما؛ لأنه لا قصد له فأشبه من كان بيده سكين وهو نائم فمرت على حلقوم الشاة فذبحها فإنها لا تحل وهذا الطريق مشهور فى كتب العراقيين.

والمذهب: الأول، كمن قطع حلق شاة وهو يظنه خشبة فإنها تحل بالاتفاق كما ذكره المصنف.

وحكى إمام الحرمين فى السكران طريقا آخر قاطعا بحل ذكاته مع إجراء الخلاف

(١) سقط فى ط.

فى المجنون تفريعا على أن له حكم الصاحى.

قال البغوى: فإن كان للمجنون أدنى تمييز وللسكران قصد حلت ذبيحته قطعا وحيث حللنا ذبح المجنون والسكران فهو مكروه كراهة تنزيه كما ذكره المصنف، والله أعلم.

الرابعة: تحل ذكاة الأعمى بلا خلاف، ولكن تكره كراهة تنزيه، وفى حل صيده بالكلب والرمى وجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين:

أصحهما: التحريم؛ لأنه لا يرى الصيد فلا يصح إرساله.

والثانى: يحل كذكاته.

وقطع بكل واحد من الوجهين طائفة، وممن قطع بالتحريم صاحب الشامل وصححه الرافعى فى كتابيه.

قال إمام الحرمين: عندى أن الوجهين مخصوصان بما إذا أدرك حس الصيد، وبنى إرساله عليه.

وقال الرافعى: الأشبه أن الخلاف مخصوص بما إذ[1] أخبره بصير بالصيد فأرسل الكلب أو السهم، وكذا صورهما البغوى وأطلق كثيرون الوجهين.

قال الرافعى: ويجريان فى اصطياد الصبى والمجنون بالكلب والسهم، وقيل: يختصان بالكلب، ويقطع بالحل فى السهم كالذبح.

قلت: المذهب: حل صيدهما.

قال صاحب البيان: هو المشهور.

وقيل: لا يحل؛ لعدم القصد، وليس بشىء، والمراد صبى لا يميز.

أما المميز فيحل اصطياده بالكلب والسهم قطعا كالذبح، ويحتمل مجىء الوجه الشاذ السابق فى الذبح. والله أعلم.

فرع: الأخرس إن كانت له إشارة مفهومة حلت ذبيحته بالاتفاق وإلا فطريقان:

المذهب، وبه قطع الأكثرون: الحل أيضا.

والثانى: أنه كالمجنون وبه قطع البغوى والرافعى.

---

(١) فى أ: إذا.

قال الرافعى: ولتكن سائر تصرفاته على هذا القياس.

فرع: قال الشافعى رحمه الله فى المختصر: ومن ذبح ممن أطاق الذبح من امرأة حائض أو صبى من المسلمين أحب لى من ذبح اليهودى والنصرانى.

وقال أصحابنا: أولى الناس بالذكاة وأفضلهم لها الرجل العاقل المسلم ثم المرأة المسلمة أولى من الصبى ثم الصبى المسلم ثم اليهودى والنصرانى، والنصرانى أولى من المجنون والسكران؛ لأنه يخاف منهما قتل الحيوان.

فرع: ذكرنا أن الصحيح فى مذهبنا حل ذبيحة الصبى والمجنون والسكران. وبه قال أبو حنيفة[١].

وقال مالك[٢] وأحمد[٣] وابن المنذر وداود: لا تحل ذكاة المجنون والسكران

---

(١) قال فى بدائع الصنائع (٥/ ٤٥) إما شرائط ركن الذكاة فأنواع بعضها يعم نوعي الذكاة الاختيارية، والاضطرارية وبعضها يخص أحدهما دون الآخر أما الذي يعمهما فمنها أن يكون عاقلا فلا تؤكل ذبيحة المجنون والصبي الذي لا يعقل والسكران الذي لا يعقل لما نذكر أن القصد إلى التسمية عند الذبح شرط ولا يتحقق القصد الصحيح ممن لا يعقل فإن كان الصبي يعقل الذبح ويقدر عليه تؤكل ذبيحته وكذا السكران .
ومنها : أن يكون مسلما أو كتابيا فلا تؤكل ذبيحة أهل الشرك والمجوسي والوثني وذبيحة المرتد أما ذبيحة أهل الشرك فلقوله تعالى ﴿ وما أهل لغير الله ﴾ وقوله عز وجل ﴿ وما ذبح على النصب ﴾ أي للنصب وهي الأصنام التي يعبدونها .

(٢) قال ابن رشد ستة فى المذاهب لا تجوز ذبائحهم وهم: الصغير الذى لا يعقل، والمجنون حال جنونه، والسكران الذى لا يعقل، والمجوسى، والمرتد، والزنديق. وستة تكره، وهم: الصغير المميز، والمرأة، والخنثى، والخصى، والأغلف، والفاسق. وستة اختلف فى ذبائحهم وهم: تارك الصلاة، والسكران الذى يخطئ ويصيب، والمبتدع المختلف فى كفره، والنصرانى العربى، والنصرانى إذا ذبح المسلم بأمره، والعجمى يجيب إلى الإسلام قبل البلوغ. ا.هـ. وقد عقد ابن جزى فصلاً فى المذكى فقال: وهو على ثلاثة أصناف: صنف اتفق على جواز تذكيته وهو المسلم البالغ العاقل الذكر المصلى. وصنف اتفق على تحريم تذكيته وهو المشرك من عبدة الأوثان. وصنف اختلف فيه وهو عشرة: أهل الكتاب، والمجوس، والصابئون، والمرأة، والصبى، والمجنون، والسكران، وتارك الصلاة، والغاصب، والسارق. انظر تفصيله فى القوانين. وينظر أسهل المدارك (٢/ ٥٤، ٥٥)

(٣) قال فى الإنصاف (١٠/ ٣٨٩): ولا تباح ذكاة مجنون، ولا سكران. أما المجنون: فلا تباح ذكاته بلا نزاع .
وأما السكران : فالصحيح من المذهب : أن ذبيحته لا تباح . وعنه : تباح . وقوله (ولا طفل غير مميز) . إن كان غير مميز : فلا تباح ذبيحته . فإن كان مميزا : أبيحت ذبيحته، على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب .
=

والصبى الذى لا يميز، ونقل ابن المنذر الإجماع على حل ذكاة المرأة والصبى المميز.

فرع: نقل ابن المنذر الإجماع على إباحة مذكاة الأخرس، ولم يفرق بين فهمه الإشارة وعدمه.

فرع: نقل ابن المنذر الاتفاق على حل ذبيحة الجنب، قال: وإذا دل القرآن على إباحة ذبيحة الكتابى مع أنه نجس، فالجنب الذى نفت السنة عنه النجاسة أولى. قال: والحائض كالجنب.

فرع: فى ذبيحة الأقلف وهو من لم يختن:

مذهبنا: أنها حلال، وبه قال جماهير العلماء.

قال ابن المنذر: وبه قال عوام أهل العلم من علماء الأمصار، قال: وبه نقول.

قال: وقال ابن عباس: لا يؤكل وهو إحدى الروايتين عن الحسن البصرى.

واحتج ابن المنذر والأصحاب بعموم قول الله تعالى: ﴿فَكُلُوا۟ مِمَّا ذُكِرَ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٨] وبأن الله تعالى أباح ذبائح أهل الكتاب، ومنهم الأقلف فالمسلم أولى.

فرع: مذهبنا: إباحة أكل ذبيحة السارق والغاصب وسائر من تعدى بذبح مال غيره لصاحبها، ومن أذن له صاحبها. وبه قال الزهرى ويحيى بن سعيد الأنصارى وربيعة ومالك[١] وأبو حنيفة والجمهور.

وقال طاوس وعكرمة وإسحاق بن راهويه: يكره.

فرع: ذبيحة أهل الكتاب حلال، سواء ذكروا اسم الله تعالى عليها أم لا؛ لظاهر القرآن العزيز.

هذا مذهبنا ومذهب الجمهور، وحكاه ابن المنذر عن على والنخعى وحماد بن

= واختاره ابن عبدوس في تذكرته، وجزم به في الرعايتين، والحاويين، وغيرهم. وقدمه في الفروع، وغيره. فأناط أكثر الأصحاب الإباحة بالتمييز. وقال في الموجز والتبصرة: لا تباح ذبيحة ابن دون عشر. وقال في الوجيز: تباح إن كان مراهقا.

(١) قال فى التاج والإكليل (٤/ ٣١٠): وتؤكل ذبيحة السارق؛ لأنه إنما حرم عليه السرقة لا عين الذبح.

أبى سليمان وأبى حنيفة وأحمد[١] وإسحاق وغيرهم.

فإن ذبحوا على صنم أو غيره لم يحل.

قال ابن المنذر: وقال عطاء: إذا ذبح النصرانى على اسم عيسى فكل، قد علم الله أنه سيقول ذلك، وبه قال مجاهد ومكحول.

وقال أبو ثور: إذا سموا الله تعالى فكل وإن لم يسموه فلا تأكل، وحكى مثله عن على وابن عمر وعائشة.

قال ابن المنذر: واختلفوا فى ذبائحهم لكنائسهم، فرخص فيه أبو الدرداء وأبو أمامة الباهلى والعرباض بن سارية والقاسم بن مخيمرة وحمزة بن حبيب وأبو مسلم الخولانى وعمرو بن الأسود، ومكحول وجبير بن نفير والليث بن سعد.

وكرهه ميمون بن مهران وحماد والنخعى ومالك والثورى والليث وأبو حنيفة وإسحاق وجمهور العلماء.

ومذهبنا تحريمه وقد سبق ذلك فى باب الأضحية.

وقالت عائشة: لا نأكله.

فرع: ذكرنا أن مذهبنا: تحريم ذبائح نصارى العرب بنى تغلب وتنوخ وبهراء، وبه قال على بن أبى طالب - رضى الله عنه - وعطاء وسعيد بن جبير، وأباحها ابن عباس والنخعى والشعبى وعطاء الخراسانى والزهرى والحكم وحماد وأبو حنيفة وإسحاق بن راهويه وأبو ثور.

دليلنا: ما ذكره المصنف.

فرع: ذبائح أهل الكتاب فى دار الحرب حلال كذبائحهم فى دار الإسلام، وهذا لا خلاف فيه، ونقل ابن المنذر الإجماع عليه.

فرع: ذبائح المجوس حرام عندنا، وقال به جمهور العلماء، ونقله ابن المنذر عن

---

(١) قال في الإنصاف (١٠/ ٣٨٥): (ويشترط للذكاة شروط أربعة . أحدها : أهلية الذابح . وهو أن يكون عاقلا؛ ليصح قصده التذكية ولو كان مكرها ذكره في الانتصار، وغيره . ومسلما، أو كتابيا، ولو حربيا . فتباح ذبيحته، ذكرا كان أو أنثى) . وهذا المذهب في الجملة . وعليه الأصحاب . (وعنه : لا تباح ذبيحة بني تغلب، ولا من أحد أبويه غير كتابي) وأطلقهما في الرعاية الكبرى فيهما . أما ذبيحة بني تغلب : فالصحيح من المذهب: إباحتها . وعليه الأكثر . قال ابن منجا : هذا المذهب . قال الشارح : وهو الصحيح .

أكثر العلماء، قال: وممن قال به سعيد بن المسيب وعطاء بن أبى رباح وسعيد بن جبير ومجاهد وعبد الرحمن بن أبى ليلى والنخعى وعبيد الله بن يزيد ومرة الهمدانى والزهرى ومالك والثورى وأبو حنيفة وأحمد وإسحاق.

قال ابن المنذر: روينا عن ابن المسيب أنه قال: إذا كان المسلم مريضا وأمر مجوسيا أن يذبح [له ويذكر اسم الله فلا بأس.

وقال الثورى فى الضحية إذا أمر مجوسى أن يذبحها][1] أجزأه، وقد أساء.

قال ابن المنذر: واختلفوا فى المجوسى يسمى شيئا لناره فيذبحه مسلم، فكرهه الحسن وعكرمة ورخص فيه ابن سيرين.

قال ابن المنذر: يأكلها المسلم إذا ذبحها مسلم، وسمى الله تعالى عليها.

فرع: فى ذبيحة من أحد أبويه كتابى والآخر مجوسى[2].

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه إذا كان الأب مجوسيا فذبيحة الولد حرام بلا خلاف، وكذا إن كانت الأم على الأصح.

وقال أبو حنيفة: يحل فى الصورتين.

وقال مالك وأبو ثور: له حكم الأب.

فرع: ذبيحة المرتد حرام عندنا، وبه قال أكثر العلماء، منهم أبو حنيفة وأحمد وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وكرهها الثورى.

قال ابن المنذر: وكان الأوزاعى يقول فى هذه المسألة [معنى][3] قول الفقهاء أن

---

(١) سقط فى ط.

(٢) سقط فى ط.

(٣) أكثر أهل العلم على تحريم ذبحية المجوسى على المسلم وذهب أبو ثور، وقتادة، وابن حزم، إلى القول بحلها.

أدلة القائلين بالحل: أولاً: قوله لنا ﷺ «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» وجه الدلالة أن المجوس يعاملوا معاملة أهل الكتاب فتكون ذبائحهم مثلهم. وذبائح الكتابين حلال فكذلك المجوسى.

نوقش الحديث: بأنه مروى بلفظ «سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم» وصح هذه الزيادة المفيدة للتحريم لا دلالة للحديث على الحل.

واستدلوا ثانياً: بما روى قتادة عن سعيد بن المسيب سئل عن رجل مريض أمر مجوسيا أن يذبح ويسمى ففعل ذلك فقال سعيد بن المسيب لا بأس بذلك. وفى رواية أخرى عن سعيد بن المسيب أنه قال إذا كان المسلم مريضا وأمر مجوسيا أن يذبح أجزأه وقد أساء.

=

من تولى قوما فهو منهم.

وقال إسحاق: إن ارتد إلى النصرانية حلت ذبيحته.

فرع: قال ابن المنذر: أجمع العلماء على حل ذبيحة الصبى والمرأة الكتابيين العاقلين.

فرع: فى ذبائح الصابئين والسامرة.

قال الشافعى وجمهور الأصحاب: إن وافقت الصابئون النصارى، والسامرة اليهود فى أصول العقائد حلت ذبائحهم ومناكحتهم وإلا فلا.

قال ابن المنذر: وأباح عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - ذبائح السامرة.

وقال إسحاق بن راهويه: لا بأس بذبائح أهل الصابئين؛ لأنهم أهل كتاب.

وقال ابن عباس ومجاهد وأبو يوسف: لا يحل.

قال ابن المنذر: أما السامرة فحكمهم ما ذكره الشافعى.

وأما الصابئون فلا تحل ذبائحهم؛ لأن الله تعالى عطفهم على اليهود والنصارى بالواو.

فرع: ذبائح اليهود والنصارى حلال بنص القرآن والإجماع، وحكى العبدرى

= ونوقش: بأن هذا قول مخالف للإجماع فلا عبرة به قال إبراهيم الحربى خرق أبو ثور الإجماع وقال أحمد ههنا قوم لا يرون بذبائح المجوس بأسا ما أعجب هذا يعرض بأبى ثور. وقال أحمد ولا أعلم أحدا قال بخلافه إلا أن يكون صاحب بدعة.

واستدلوا ثالثاً: بأن المجوس يقرون بالجزية كأهل الكتاب فتكون ذبيحتهم حلالا مثلهم حيث لا فرق.

ونوقش: بأن الجزية أخذت منهم بالنص حقنا لدمائهم وهى ضرورة ولا ضرورة فى حل ذبائحهم على أن النص الوارد بأخذ الجزية منهم وارد بتحريم ذبائحهم.

واحتج الجمهور:

أولاً: بقوله تعالى ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم﴾ فإن مفهومه تحريم طعام غيرهم من الكفار لأن المجوسى لا كتاب له فلا تحل أطعمته ولا ذبائحه.

وثانياً: بما رواه الإمام أحمد بإسناده عن قيس بن سكن الأسدى قال: قال رسول الله ﷺ «إنكم نزلتم بفارس من البط فإذا اشتريتم لحما فإن كان يهودى أو نصرانى فكلوا وإن كانت ذبيحة مجوسى فلا تأكلوا».

وما روى أن الرسول عليه السلام قال «سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم» دلت الروايتان على عدم حل ذبيحة المجوس للمسلمين.

واستدلوا ثالثاً: بأن المجوسى ليس بصاحب ملة توحيد فانعدمت منه صفة حل الذبح.

وغيره عن الشيعة أنهم قالوا: لا تحل، والشيعة لا يعتد بهم فى الإجماع، والله أعلم.

فرع: قال المتولى وغيره: لو أخبر فاسق أو كتابى أنه ذكى هذه الشاة قبلناه، وحل أكلها؛ لأنه من أهل الذكاة.

فرع: لو وجدنا شاة مذبوحة ولم ندر من ذبحها: فإن كان فى بلد فيه من لا يحل ذكاته كالمجوس، لم تحل، سواء تمحضوا أو كانوا مختلطين بالمسلمين؛ للشك فى الذكاة المبيحة، والأصل التحريم، وإن لم يكن فيهم[1] أحد منهم حلت. والله أعلم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: والمستحب أن يذبح بسكين حادة؛ لما روى شداد بن أوس - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: «إِنَّ اللَّهَ كَتَبَ الإِحْسَانَ عَلَى كُلِّ شَىْء فَإِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْقِتْلَةَ، وَإِذَا ذَبَحْتُمْ فَأَحْسِنُوا الذِّبْحَةَ وَلْيُحِدَّ أَحَدُكُمْ شَفْرَتَهُ وَلْيُرِحْ ذَبِيحَتَهُ».

فإن ذبح بحجر محدد أو ليطة حل؛ لما ذكرناه من حديث كعب بن مالك فى المرأة التى كسرت حجرا فذبحت بها شاة.

ولما روى: «أَنَّ رَافِعَ بْنَ خَدِيجٍ قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّا نَرْجُو أَنْ نَلْقَى[2] الْعَدُوَّ غَدًا وَلَيْسَ مَعَنَا مُدَى أَفَنَذْبَحُ بِالْقَصَبِ؟ فَقَالَ النَّبِىﷺ: مَا أَنْهَرَ الدَّمَ وَذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ فَكُلُوا، لَيْسَ السِّنَّ وَالظُّفُرَ، وَسَأُخْبِرُكُمْ عن ذَلِكَ: أَمَّا السِّنُّ فَعَظْمٌ، وَأَمَّا الظُّفُرُ فَمُدَى الْحَبَشَةِ».

وإن ذبح بسن أو ظفر، لم يحل؛ لحديث رافع بن خديج.

الشرح: حديث شداد بن أوس[3] رواه مسلم.

---

(١) فى أ: فيه.

(٢) فى أ: لاقو.

(٣) أخرجه مسلم (٣/١٥٤٨) كتاب: الصيد والذبائح، باب: الأمر بإحسان الذبح، والقتل، وتحديد الشفرة، حديث (٥٧/ ١٩٥٥)، والطيالسى (١/ ٣٤١ ، ٣٤٢) كتاب: الصيد والذبائح، باب: ما جاء فى نحر الإبل وذبح غيرها، حديث (١٧٤٠)، وأحمد (٤/ ١٢٣، ١٢٤، ١٢٥)، وأبو داود (٣/ ٢٤٤) كتاب: الأضاحى، باب: فى النهى أن تصبر البهائم والرفق بالذبيحة، حديث (٢٨١٥)، والترمذى (٤/ ٢٣) كتاب: الديات، باب: ما جاء فى النهى عن المثلة، حديث (١٤٠٩)، والنسائى (٧/ ٢٢٩) كتاب: الضحايا، باب: حسن =

وحديث رافع رواه البخارى ومسلم[(١)]، وينكر على المصنف أنه روى بصيغة التمريض، مع أنه حديث صحيح.

وقوله ﷺ: «فَأَحْسِنُوا الْقِتْلَةَ وَالذِّبْحَةَ» هو بكسر القاف والذال، أى: هيئة القتل والذبح، وليحد بضم الياء وكسر الحاء، يقال: أحد السكين وحددها واستحدها، كله بمعنى، والمُدَى - بضم الميم وفتح الدال - وهو جمع مدية - بضم الميم وكسرها وفتحها ساكنة الدال - وهى السكين، سميت مدية؛ لأنها تقطع مدى حياة الحيوان، وسميت السكين سكينا؛ لأنها تسكن حركة الحيوان، وفيها لغتان: التذكير والتأنيث.

قوله: ليطة - بكسر اللام وإسكان المثناة تحت وبطاء مهملة - وهى القشرة الرقيقة للقصبة، وقيل: مطلق قشرة القصبة، والجماعة ليط.

وقوله: «ﷺ: «مَا أَنْهَرَ الدَّمَ»، أى: أَسَالَهُ.

وَقَوْلُهُ ﷺ: «لَيْسَ السِّنَّ وَالظُّفُرَ» هما منصوبان بليس.

وقوله: «ﷺ: «أَمَّا السِّنُّ فَعَظْمٌ» معناه: فلا يجوز[(٢)] به؛ لأنه متنجس بالدم، وقد

= الذبح، وابن ماجه (٢/ ١٠٥٨) كتاب: الذبائح، باب: إذا ذبحتم فأحسنوا الذبح، حديث (٣١٧٠)، وابن الجارود ص (٣٠١) باب ما جاء فى الذبائح، حديث (٨٩٩)، والدارمى (٢/ ٨٢) كتاب: الأضاحى، باب: فى حسن الذبيحة، وعبد الرزاق (٤/ ٤٩٢) رقم (٨٦٠٣، ٨٦٠٤)، وابن حبان (٥٨٥٣ - الإحسان)، والطبرانى فى الكبير (٧/رقم ٧١١٤)، وفى الصغير (٢/ ١٠٥)، والسهمى فى تاريخ جرجان (ص - ٣٨٦)، والخطيب فى «تاريخه» (٥/ ٢٧٨)، والبيهقى (٨/ ٦٠)، والبغوى فى شرح السنة (٦/ ٢١).

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٤٦٣ - ٤٦٤)، والبخارى (٩/ ٦٧٢) كتاب: الذبائح والصيد، باب: إذا أصاب القوم غنيمة... حديث (٥٥٤٣)، ومسلم (٣/ ١٥٥٨) كتاب: الأضاحى، باب: جواز الذبح بكل ما أنهر الدم، حديث (٢٠/ ١٩٦٨)، وأبو داود (٣/ ٢٤٧) كتاب: الأضاحى، باب: فى الذبيحة بالمروة، حديث (٢٨٢١)، والترمذى (٤/ ٨١) كتاب: الأحكام والفوائد، باب: ما جاء فى الذكاة بالقصب وغيره، حديث (١٤٩١) والنسائى (٧/ ٢٢٦) كتاب: الضحايا، باب: من الذبح بالسن، وابن ماجه (٢/ ١٠٦١) كتاب: الذبائح، باب: ما يذكى به، حديث (٣١٧٨)، والدارمى (٢/ ٨٤) كتاب: الأضاحى، باب: فى البهيمة إذا ندت، وعبد الرزاق (٤/ ٤٦٥ - ٤٦٦) رقم (٨٤٨١)، والطيالسى (٩٦٣)، وابن الجارود (٨٩٥)، والحميدى (١/ ١٩٩) رقم (٤١٠)، وابن حبان (٥٨٥٦ - الإحسان)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١٨٣)، والطبرانى فى الكبير (٤/ ٣٢١) رقم (٤٣٨٠، ٤٣٨١، ٤٣٨٢، ٤٣٨٣، ٤٣٨٤)، والبغوى فى شرح السنة (٦/ ١٨).

(٢) فى أ: تذبحوا.

نهيتم عن تنجيس الروث[١] والعظام فى الاستنجاء لكونهما زاد إخوانكم من الجن.

وأما الظفر فمدى الحبشة وهم كفار وقد نهيتم عن التشبه بالكفار. والله أعلم.

أما الأحكام ففيها مسائل:

إحداها:

السنة تحديد السكين لما ذكره المصنف، ويستحب إمرارها بقوة وتحامل ذهابا وعودا ليكون أوحى وأسهل، فلو ذبح بسكين كالة كره وحلت الذبيحة، ونقل ابن المنذر أنه يكره أن يحدد السكين، والشاة تنظر السكين، وأن يذبح[٢] الشاة والأخرى تنظر؛ وكذا قاله أصحابنا.

قالوا: ويستحب أن تساق إلى المذبح برفق وتضجع برفق ويعرض عليها الماء قبل الذبح.

المسألة الثانية:

قال الشافعى والأصحاب: لا تحصل الذكاة بالظفر والسن ولا بسائر العظام، وتحصل بما سوى ذلك من جميع المحددات، سواء كانت من الحديد كالسيف والسكين والسهم والرمح، أو من الرصاص أو النحاس أو الذهب أو الفضة أو الخشب المحدد أو القصب أو الزجاج أو الحجر أو غيرها ولا خلاف فى كل هذا عندنا، ويحل[٣] الصيد المقتول بجميع هذه المذكورات سوى الظفر والسن وسائر العظام.

وأما الظفر والسن وسائر العظام فلا تحل بها الذكاة ولا الصيد بلا خلاف، سواء كان الظفر والسن [والعظم][٤] من آدمى أو غيره.

وسواء المتصل والمنفصل، وسواء كان من حيوان مأكول أو غيره.

هذا هو المذهب، وبه قطع الجمهور.

وقال صاحب الحاوى: قال الشافعى: أكره بالعظم الذكاة ولا يبين لى أن أحرم؛ لأنه لا يقع عليه اسم سن ولا ظفر.

---

(١) فى أ: الطعام.
(٢) فى أ: تذبح.
(٣) فى أ: ويحصل.
(٤) سقط فى ط.

قال: اعتبر الشافعى فى التحريم الاسم فأجازه بالعظم؛ لخروجه عن الاسم وكرره[١]؛ لأنه فى معناه.

قال: وفيه عندى نظر؛ لأن النبى ﷺ علل المنع من السن بأنه عظم، هذا نقله وهو شاذ ضعيف.

وحكى الرافعى وجها شاذا باطلا: أن عظم المأكول تحصل به الذكاة.

وهذا غلط، ولو ركب عظم على سهم وجعل نصلا له فقتل به صيدا لم يحل، هذا هو المذهب، وبه قطع الجمهور، وحكى الرافعى قولا: أنه يحل وهو شاذ مردود.

الثالثة:

لو أراد الذكاة بمثقل فأثر بثقله دقا أو خنقا لم يحل، وكذا لو كان مثقلا فقتله بثقله لم يحل بل لا بد من الجرح، ولو ذبحه بحديدة لا تقطع وتحامل عليها حتى أزهقه لم يحل؛ لأن القطع هنا بقوة الذابح واعتماده الشديد لا بالآلة. والله أعلم.

فرع: اعلم أنه ينكر على المصنف قوله فى التنبيه: ويجوز الذبح بكل ما له حد يقطع إلا السن والظفر.

وهذا اللفظ يقتضى جواز الذبح بالعظام المحددة سوى السن، وهذا لا يجوز بلا خلاف كما سبق، وكان حقه أن يقول: إلا العظم والظفر، أو إلا الظفر والسن وسائر العظام، وعبارته فى المهذب أجود، ومع هذا فأهمل فيه بيان منع الذبح بالعظم.

فإن قيل: لعله اقتصر على موافقة الحديث.

قلنا: أما فى المهذب فله فى هذا بعض العذر.

وأما فى التنبيه فلا عذر له ولا جواب عنه؛ لأنه لم يذكر الحديث حتى يستنبط منه.

وأما الحديث فليس فيه إيهام بأنه منصوص فيه على العلة فى السن، وهو كونه عظما؛ ففهمنا منه أن كل ما انطلق عليه اسم العظم لا تحل[٢] الذكاة به.

فرع: لو ذبح بسكين مغصوب أو مسروق أو كال وقطع الحلقوم والمرىء، كره

---

(١) فى أ: وكرهه.

(٢) فى أ: تحصل.

ذلك وحلت الذبيحة بلا خلاف عندنا.

قال العبدرى: وبه قال العلماء كافة إلا داود فقال: لا تحل، وهو رواية عن أحمد؛ لقوله ﷺ: «مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ»[1] رواه مسلم بهذا اللفظ من رواية عائشة رضى الله عنها، فيصير كأنه لم يوجد ذبح.

واحتج أصحابنا بقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] وبقوله ﷺ فى الحديث المذكور قريبا: «مَا أَنْهَرَ الدَّمَ».

والجواب عن حديث: «من عمل عملا» أنه يقتضى تحريم فعله ولا يلزم منه إبطال الذكاة، ولهذا لو ذبح بسكين حلال فى أرض مغصوبة أو توضأ بماء فى أرض مغصوبة فإنه تحصل الذكاة والوضوء بالإجماع، والله أعلم.

فرع: فى مذاهب العلماء بما[2] تحصل به الذكاة.

ذكرنا أن مذهبنا حصوله[3] بكل محدد إلا الظفر والسن وسائر العظام، وبه قال النخعى والحسن بن صالح والليث وفقهاء الحديث وأحمد[4] وإسحاق وأبو داود وأبو ثور وداود والجماهير، وهو رواية عن مالك[5].

---

(١) أخرجه البخارى (٥/ ٣٥٥) كتاب: الصلح باب: إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، رقم (٢٦٩٧)، ومسلم (٣/ ١٣٤٤) كتاب: الأقضية باب: نقض الأحكام الباطنة ورد محدثات الأمور (١٨/ ١٧١٨)، وأحمد فى(٦/ ١٤٦)، والدارقطنى (٤/ ٢٢٧) فى المرأة تقتل إذا ارتدت (٨١)، وأبو داود (٢/ ٦١١) كتاب: السنة، باب فى لزوم السنة، رقم: (٤٦٠٦)، وابن ماجه (١/ ٧) المقدمة باب: تعظيم حديث رسول الله ﷺ والتغليظ على من عارضه، رقم: (١١٤).

(٢) فى أ: فيما.

(٣) فى أ: حصولها.

(٤) قال فى الإنصاف (١٠/ ٣٩٠): قوله الثاني : الآلة . وهو أن يذبح بمحدد . سواء كان من حديد، أو حجر، أو قصب أو غيره، إلا السن والظفر) بلا نزاع .

(٥) قال فى أسهل المدارك (٢/ ٥٥،٥٦): الآلة كل محدد أنهر الدم إلا الظفر والسن قد تقدم الكلام فى المحدد فى الصيد ولا حاجة إلى إعادته هنا. وأمّا الظفر والسن فلا يذبح بأحد منهما على الخلاف، لقوله عليه الصلاة والسلام «ما أنهر الدّم وذُكر اسم الله عليه فكل ليس السن والظفر» وأما السن فعظم، وأما الظفر فَمُدى الحبشة ا.هـ. قال خليل: وفى جواز الذبح بالظفر والسن، أو إن انفصل أو بالعظم ومنعهما خلاف ا.هـ. قال المواق: وأما السن والظفر المنهى عن التذكية بهما فهما المركبان فى فم الإنسان وفى أصبعه، فإن كانا منزوعين فلا بأس بالذبح بهما إذا أمكن. اهـ.

وقال أبو حنيفة[١] وصاحباه: لا يجوز الذبح بالظفر والعظم المتصلين، ويجوز بالمنفصلين، وهو رواية عن مالك.

وحكى ابن المنذر عن مالك أنه قال: تحصل الذكاة بكل شىء حتى بالسن والظفر، ونحوه عن ابن جريج.

وحكى العبدرى عن ابن القصار المالكى أن الظاهر من مذهب مالك إباحة الذكاة بالعظم ومنعه بالسن.

قال ابن القصار: وعندى تحصل[٢] الذكاة بهما.

وعن ابن جريج قال: تذكى بعظم الحمار، ولا تذكى بعظم القرد؛ لأن الحمار تصلى عليه وتسقيه فى خفك.

وهذا مذهب فاسد واستدلال باطل، ودليلنا حديث رافع. والله أعلم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: والمستحب أن تنحر الإبل معقولة من قيام؛ لما روى: «أَنَّ ابْنَ عُمَرَ - رضى الله عنهما - رَأَى رَجُلًا أَضْجَعَ بَدَنَةً فَقَالَ: قِيَامًا، سُنَّةَ أَبِى الْقَاسِمِ ﷺ»، وتذبح البقر والغنم مضجعة؛ لما روى أنس رضى الله عنه: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ضَحَّى بِكَبْشَيْنِ أَمْلَحَيْنِ أَقْرَنَيْنِ ذَبَحَهُمَا بِيَدِهِ وَوَضَعَ رِجْلَهُ عَلَى صِفَاحِهِمَا وَسَمَّى وَكَبَّرَ»، والبقر كالغنم فى الذبح فكان مثله فى الاضجاع.

والمستحب أن توجه الذبيحة إلى القبلة؛ لأنه لا بد لها من جهة فكانت جهة القبلة أولى، والمستحب أن يسمى الله تعالى على الذبح؛ لما روى عدى بن حاتم قال:

---

(١) قال فى بدائع الصنائع (٥/ ٤٢): الآلة على ضربين: آلة تقطع، وآلة تفسخ. والتي تقطع نوعان: حادة، وكليلة. أما الحادة فيجوز الذبح بها حديدا كانت أو غير حديد والأصل في جواز الذبح بدون الحديد ما روي عن عدي بن حاتم رضي الله عنه أنه قال: «قلت يا رسول الله، أرأيت أحدنا أصاب صيدا وليس معه سكين أيذكي بمروة أو بشقة العصا؟ فقال عليه الصلاة والسلام أنهر الدم بما شئت واذكر اسم الله تعالى» وروي «أن جارية لكعب بن مالك رضي الله عنه ذبحت شاة بمروة فسأل كعب رسول الله ﷺ عن ذلك فأمر بأكلها»؛ ولأنه يجوز بالحديد والجواز ليس لكونه من جنس الحديد بل لوجود معنى الحديد بدليل أنه لا يجوز بالحديد الذي لا حد له فإذا وجد معنى الحد في المروة والليطة جاز الذبح بهما وأما الكليلة فإن كانت تقطع يجوز لحصول معنى الذبح لكنه يكره لما فيه من زيادة إيلام لا حاجة إليها، ولهذا أمر رسول الله ﷺ بتحديد الشفرة وإراحة الذبيحة. وكذلك إذا جرح بظفر منزوع أو سن منزوع جاز الذبح بهما ويكره.

(٢) فى أ: حصول.

«سَأَلْتُ النَّبِى ﷺ عَنِ الصَّيْدِ فَقَالَ: إِذَا رَمَيْتَ بِسَهْمِكَ فَاذْكُر اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ وَكُلْ» فإن ترك التسمية لم يحرم؛ لما روت عائشة - رضى الله عنها -: «أَنَّ قَوْمًا قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ قَوْمًا مِن الأَعْرَابِ يَأْتُونَ بِاللَّحْمِ لَا نَدْرِى أَذَكَرُوا اسْمَ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيْهِ أَمْ لَا؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: اُذْكُرْ اسْمَ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيْهِ وَكُلْ».

والمستحب أن يقطع الحلقوم والمرىء والودجين؛ لأنه أوحى وأروح للذبيحة، فإن اقتصر على قطع الحلقوم والمرىء أجزأه؛ لأن الحلقوم مجرى النفس والمرىء مجرى الطعام والروح لا تبقى مع قطعهما.

والمستحب أن ينحر الإبل ويذبح البقر والشاة، فإن خالف ونحر البقر والشاة وذبح الإبل أجزأه؛ لأن الجميع موح من غير تعذيب.

ويكره أن يبين الرأس وأن يبالغ فى الذبح إلى أن يبلغ النخاع وهو عرق يمتد من الدماغ ويستبطن الفقار إلى عجب الذنب؛ لما روى عن عمر - رضى الله عنه - أنه «نهى عن النخع».

ولأن فيه زيادة تعذيب، فإن فعل ذلك لم يحرم؛ لأن ذلك يوجد بعد حصول الذكاة.

وإن ذبحه من قفاه: فإن بلغ السكين الحلقوم والمرىء وقد بقيت فيه حياة مستقرة حل؛ لأن الذكاة صادفته وهو حى، وإن لم يبق فيه حياة مستقرة إلا حركة مذبوح لم يحل؛ لأنه صار ميتا قبل الذكاة.

فإن جرح السبع شاة فذبحها صاحبها وفيها حياة مستقرة حلت، وإن لم يبق فيها حياة مستقرة لم تحل؛ لما روى: «أَنَّ النَّبِى ﷺ قَالَ لِأَبِى ثَعْلَبَةَ الْخُشَنِى: فَإِنْ رَدَّ عَلَيْك كَلْبُكَ[١] غَنَمَكَ وَذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ، وَأَدْرَكْت ذَكَاتَهُ فَذَكِّهِ، وَإِنْ لَمْ تُدْرِكْ ذَكَاتَهُ فَلَا تَأْكُلْهُ».

والمستحب إذ[٢] ذبح ألا يكسر عنقها[٣] ولا يسلخ جلدها[٤] قبل أن تبرد؛ لما روى أن الفرافصة قال[٥] لعمر - رضى الله عنه -: إنكم تأكلون طعاما لا نأكله قال:

(١) فى أ: كلب.
(٢) فى أ: إذا.
(٣) فى أ: عنقه.
(٤) فى أ: جلده.
(٥) فى أ: قالوا.

وما ذاك يا أبا حسان؟ فقال: تعجلون الأنفس قبل أن تزهق، فأمر عمر - رضى الله عنه - مناديا ينادى الذكاة فى الحلق واللبة لمن قدر ولا تعجلوا الأنفس حتى تزهق.

الشرح: أما حديث ابن عمر[١] وحديث أنس وحديث عدى[٢] فرواها البخارى ومسلم، ولفظ روايتى البخارى ومسلم فى حديث ابن عمر رضى الله عنهما: «ابعثها مقيدة سنة أبى القاسم ﷺ»[٣]، وحذف منه المصنف مقيدة.

وأما حديث عائشة[٤] فصحيح رواه البخارى وآخرون، وسبق إيضاحه مع غيره مما فى معناه، فى فرع مذاهب العلماء فى التسمية فى باب الأضحية.

وأما حديث أبى ثعلبة فروى البخارى ومسلم بعضه ولفظهما: «أَنَّ النَّبِى ﷺ قَالَ لَهُ: وَمَا صِدْتَ بِكَلْبِكَ الَّذِى لَيْسَ بِمُعَلَّمٍ فَأَدْرَكْتَ ذَكَاتَهُ فَكُلْ»[٥].

وأما الأثر عن عمر[٦] فصحيح، صححه ابن المنذر، وذكره البخارى فى صحيحه عن ابن عمر.

وقوله: فى حديث ابن عمر[٧]: «قياما مقيدة» أى: معقولة إحدى الرجلين.

وقوله: «سنة أبى القاسم ﷺ» هو بنصب سنة، أى: الزم سنة، أو افعلها، ويجوز رفعه أى هذه سنة[٨]، والأعراب - بفتح الهمزة - ساكن البادية، والمرىء، بفتح الميم وآخره همزة ممدودة، والروح يذكر ويؤنث، لغتان.

والنخاع - بكسر النون - وفتحها وضمها ثلاث لغات حكاهن صاحب المحكم وآخرون، والنخع بفتح النون وإسكان الخاء وقد فسره المصنف.

---

(١) أخرجه البخارى ٤/ ٣٧٥ كتاب الحج باب نحر الابل (١٧١٣)، ومسلم ٢/ ٩٥٦ كتاب الحج باب نحر البدن قيامًا (٣٥٨/ ١٣٢٠)، وأحمد ٢/ ٣، ٨٦، ١٣٩ وأبو داود ١/ ٥٤٩ كتاب المناسك باب كيف تنحر البدن (١٧٦٨)، وابن خريمة (٢٨٩٣).

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

(٤) تقدم.

(٥) أخرجه البخارى (١١/ ٢٧٢٦) فى كتاب الذبائح والصيد، باب صيد القوس (٥٤٧٨)، وطرفاه (٥٤٨٨ - ٥٤٩٦)، ومسلم (٣/ ١٥٣٢) فى كتاب الصيد والذبائح باب الصيد بالكلاب المعلمة (٨/ ١٩٣٠).

(٦) أخرجه البخارى معلقًا (١١/ ٧٠) فى كتاب الذبائح والصيد باب النحر والذبح.

(٧) تقدم.

(٨) فى أ: سنته.

قال الأزهرى: النخع للذبيحة: أن يعجل الذابح فيبلغ القطع إلى النخاع، قال ابن الأعرابى: والنخاع: خيط أبيض يكون داخل عظم الرقبة، ويكون ممتدا إلى الصلب، قال: قال ابن الأعرابى أيضا: هو خيط الفقار المتصل بالدماغ.

هذا نقل الأزهرى فى تهذيب اللغة.

وقال فى شرح ألفاظ المختصر: النخع: قطع النخاع وهو الخيط الأبيض الذى مادته من الدماغ فى جوف الفقار كلها إلى عجب الذنب، وإنما تنخع الذبيحة إذا أبين رأسها.

والفقار بفاء مفتوحة ثم قاف، وأما عَجْب الذنب فبفتح العين وإسكان الجيم وهو أصل الذنب.

وأما أبو ثعلبة الخشنى فبضم الخاء وفتح الشين المعجمة[1] وبالنون، وسبق بيانه فى كتاب الطهارة.

وأما الفرافصة فبضم الفاء الأولى وكسر الثانية.

وقوله: «لا تعجلون الأنفس»، هو بضم التاء وإسكان العين.

قوله: «الحلق واللبة» هى بفتح اللام وتشديد الباء الموحدة وهى الثغرة التى فى أسفل العنق. والله أعلم.

أما الأحكام ففيها مسائل:

إحداها: السنة فى الإبل النحر، وهو قطع الحلق[2] أسفل العنق، وفى البقر والغنم الذبح، وهو قطع الحلق أعلى العنق والمعتبر فى الموضعين قطع الحلقوم والمرىء.

وحكى صاحب البيان وغيره وجها شاذا: أنه يتخير فى البقر بين الذبح والنحر. والصواب الأول.

والخيل كالبقر، وكذا حمار الوحش وبقره ونحوها، فلو خالف وذبح الإبل ونحر البقر والغنم حلت المذكاة، وكان تاركا للمستحب.

وهل هو مكروه؟ فيه قولان:

---

(١) فى أ: المعجمتين.
(٢) فى أ: اللبة.

الصحيح المشهور: لا يكره؛ لأن المكروه هو ما ورد فيه نهى.

والثانى: يكره.

الثانية: السنة أن ينحر البعير قائما على ثلاث قوائم، معقول الركبة، ويستحب أن تكون المعقولة اليسرى، فإن لم ينحره قائما فباركا، والسنة أن تضجع البقرة والشاة على جنبها الأيسر، وتترك رجلها اليمنى، وتشد قوائمها الثلاث، وقد صح عن جابر - رضى الله عنه -: «أَنَّ النَّبِى ﷺ وَأَصْحَابَهُ كَانُوا يَنْحَرُونَ الْبَدَنَةَ مَعْقُولَةَ الْيُسْرَى، قَائِمَةً عَلَى مَا بَقِى مِنْ قَوَائِمِهَا»[1] رواه أبو داود بإسناد صحيح على شرط مسلم، والخيل والصيود كالبقر والغنم.

الثالثة: قال أصحابنا: يستحب أن يتوجه الذابح إلى القبلة، ويوجه الذبيحة إليها، وهذا مستحب فى كل ذبيحة، وهو فى الأضحية والهدى أشد استحبابا؛ لأن الاستقبال مستحب فى القربات، وفى كيفية توجيهها ثلاثة أوجه سبقت فى باب الأضحية:

أصحها: يوجه مذبحها إلى القبلة، ولا يوجه وجهها ليمكنه هو أيضا الاستقبال.

والثانى: يوجهها بجميع بدنها.

والثالث: يوجه قوائمها.

الرابعة:

يستحب أن يسمى الله تعالى عند الذبح وعند إرسال الكلب أو السهم إلى الصيد، فلو ترك التسمية عمدا أو سهوا حلت الذبيحة والصيد.

لكن فى تركها عمدا ثلاثة أوجه:

الصحيح: أنه مكروه.

والثانى: لا يكره.

والثالث: يأثم به.

وقد سبقت المسألة مبسوطة بفروعها الكثيرة مع ما يتعلق بها مع بيان مذاهب العلماء بأدلتها فى باب الأضحية.

---

(١) أخرجه أبو داود (١/ ٥٤٩) فى كتاب المناسك باب كيف تنحر البدن (١٧٦٧)، والبيهقى فى الكبرى (٥/ ٢٣٧ - ٢٣٨) فى كتاب الحج باب نحر الإبل قيامًا غير معقولة أو معقولة اليسرى.

قال الشافعى فى الأم والأصحاب: وتستحب الصلاة على النبى ﷺ عند الذبح.

وفيه وجه شاذ لأبى على بن أبى هريرة: أنها لا تستحب ولا تكره.

والمذهب الأول.

الخامسة: فى حقيقة الذبح، وقد لخصه الرافعى - رحمه الله - وجمع فيه متفرقات كلام الأصحاب وهذبها وهو كما قال، قال: الذبح الذى يباح به الحيوان المقدور عليه إنسيا كان أو وحشيا، أضحية كان أو غيرها هو التدقيق بقطع جميع الحلقوم والمرىء، من حيوان فيه حياة مستقرة، بآلة ليست عظما ولا ظفرا، فهذه قيود.

أما القطع: فاحتراز مما لو اختطف رأس عصفور أوغيره بيد أو ببندقة ونحوها فإنه ميتة.

وأما الحلقوم: فهو مجرى النفس خروجا ودخولا، والمرىء مجرى الطعام والشراب وهو تحت الحلقوم ووراءهما عرقان فى صفحتى العنق يحيطان بالحلقوم، وقيل: يحيطان بالمرىء، يقال لهما: الودجان، ويقال للحلقوم والمرىء معهما: الأوداج.

ويشترط لحصول الذكاة قطع الحلقوم والمرىء.

هذا هو المذهب الصحيح المنصوص وبه قطع المصنف والجمهور.

وفيه وجه لأبى سعيد الإصطخرى: أنه يكفى قطع أحدهما؛ لأن الحياة لا تبقى بعده.

قال الأصحاب: هذا خلاف نص الشافعى وخلاف مقصود الذكاة وهو الإزهاق بما يوحى ولا يعذب، ويستحب أن يقطع الودجين مع الحلقوم والمرىء؛ لأنه أوحى.

والغالب: أنهما يقطعان بقطع الحلقوم والمرىء فلو تركهما جاز لحصول المقصود بالحلقوم والمرىء.

قال أصحابنا: ولو ترك من الحلقوم والمرىء، شيئا ومات الحيوان فهو ميتة، وكذا لو انتهى إلى حركة المذبوح فقطع بعد ذلك المتروك فهو ميتة.

وحكى الماوردى والشاشى وغيرهما وجها: أنه إذا بقى من الحلقوم أو المرىء شىء يسير لا يضر بل تحصل الذكاة واختاره الرويانى فى الحلية.

والمذهب الأول.

قال أصحابنا: ولو قطع من القفا حتى وصل الحلقوم من المرئ عصى لزيادة الإيلام، ثم ينظر: إن وصل إلى الحلقوم والمرئ وقد انتهى إلى حركة المذبوح لم يحل بقطع الحلقوم والمرئ بعد ذلك، فإن وصلهما وفيه حياة مستقرة فقطعهما حل، كما لو قطع يده ثم ذكاه.

قال إمام الحرمين: ولو كان فيه حياة مستقرة عند ابتداء قطع المرئ، ولكن لما قطع بعض الحلقوم انتهى إلى حركة المذبوح، لما ناله من قبل بسبب قطع القفا - فهو حلال؛ لأن أقصى ما وقع التعبد به أن يكون فيه حياة مستقرة عند الابتداء بقطع المذبح.

قال أصحابنا: والقطع من صفحة العنق كالقطع من القفا، قالوا: ولو أدخل السكين فى أذن الثعلب ليقطع الحلقوم والمرئ من داخل الجلد ففيه هذا التفصيل، ولو أمر السكين ملتصقا باللحيين فوق الحلقوم والمرئ، وأبان الرأس، فليس هو بذبح؛ لأنه لم يقطع الحلقوم والمرئ.

وأما كون التدقيق حاصلا بقطع الحلقوم والمرئ، ففيه مسألتان:

إحداهما: لو أخذ الذابح فى قطع الحلقوم والمرئ، وأخذ آخرون[١] فى نزع خيشومه[٢] أو نخس خاصرته لم يحل؛ لأن التدقيق لم يتمحص للحلقوم والمرئ، وسواء كان ما تحرى به قطع الحلقوم مما يدقق ولو انفرد أو كان يعين على التدقيق.

ولو اقترن قطع الحلقوم بقطع رقبة الشاة من قفاها، بأن كان يجرى سكينا من القفا وسكينا من الحلقوم حتى التقتا - فهى ميتة بخلاف ما إذا تقدم قطع القفا وبقيت الحياة مستقرة إلى وصول السكين المذبح.

المسألة الثانية: يجب أن يسرع الذابح فى القطع، ولا يتأنى بحيث يظهر انتهاء الشاة قبل استتمام قطع المذبح إلى حركة المذبوح، هكذا قاله إمام الحرمين وغيره.

قال الرافعى: وهذا قد يخالف ما سبق أن المتعبد به كون الحياة مستقرة عند

(١) فى أ: آخر.
(٢) فى أ: حشوته.

الابتداء، قال: فيشبه أن يكون المقصود هنا إذا تبين مصيره إلى حركة المذبوح، وهناك إذا لم يتحقق الحال، هذا كلام الرافعى، وهذا الذى قاله خلاف ما سبق تصريح الإمام به.

بل الجواب أن هذا مقصر فى التأنى لم تحل ذبيحته بخلاف الأول، فإنه لا تقصير فى حقه، ولو لم يحلله أدى إلى حرج. والله أعلم.

وأما كون الحيوان عند القطع فيه حياة مستقرة ففيه صور:

إحداها: لو جرح السبع شاة أو صيدا، أو انهدم سقف على بهيمة، أو جرحت هرة حمامة ثم أدركت حية فذبحت: فإن كان فيها حياة مستقرة، حلت، وإن تيقن هلاكها بعد يوم ويومين لما ذكره المصنف، وإن لم يكن فيها حياة مستقرة لم يحل.

هذا هو المذهب والمنصوص، وبه قطع الجمهور.

وحكى قول: أنها تحل فى الحالين، وقول: أنها لا تحل فى الحالين.

والصواب الأول.

قال أصحابنا: وهذا بخلاف الشاة إذا مرضت وصارت إلى أدنى رمق فذبحت، فإنها تحل بلا خلاف؛ لأنه لم يوجد سبب يحال الهلاك عليه.

وقد ذكر صاحب البيان المسألة وأوهم فيها خلاف الصواب، قال: إذا أشرفت المريضة على الموت لم تحل بالذكاة، قال: وحكى صاحب الفروع عن أبى على بن أبى هريرة أنها ما دامت تضرب بذنبها وتفتح عينها، حلت بالذكاة.

قال: وهذا ليس بشيء؛ لأن الحياة فيها غير مستقرة، وإنما حركتها حركة مذبوح.

هذا كلام، والمذهب ما سبق، ولو أكلت الشاة نباتا مضرا فصارت إلى أدنى الرمق فذبحت:

قال القاضى حسين مرة: فى حلها وجهان. وجزم مرة بالتحريم؛ لأنه وجد سبب يحال الهلاك عليه فصار كجرح السبع.

فرع: كون الحيوان منتهيا إلى حركة المذبوح أو فيه حياة مستقرة، تارة يستيقن، وتارة يظهر[1] بعلامات وقرائن لا تضبطها العبارة، وشبهه الأصحاب بعلامات الخجل والغضب ونحوهما.

---

(١) فى أ: يظن.

قالوا: ومن أمارات الحياة المستقرة: الحركة الشديدة بعد قطع الحلقوم والمرىء، وانفجار الدم وتدفقه.

قال إمام الحرمين: من الأصحاب من قال: كل واحد منهما يكفى دليلا على بقاء الحياة المستقرة.

قال: والأصح أن كلا منهما لا يكفى؛ لأنهما قد يحصلان بعد الانتهاء إلى حركة المذبوح، لكن قد ينضم إلى أحدهما أو كليهما قرائن أو أمارات أخر تفيد الظن أو اليقين، فيجب النظر والاجتهاد.

هذا كلام الإمام واختار المزنى وطوائف من الأصحاب الاكتفاء بالحركة الشديدة، وهو الأصح المختار، وحكى البخارى فى صحيحه معناه عن ابن عباس وقد وقعت المسألة مرات فى الفتاوى فكان الجواب فيها: أن الحياة المستقرة تعرف بقرائن يدركها الناظر، ومن علاماتها الحركة الشديدة بعد قطع الحلقوم والمرىء وجريان الدم، فإذا حصلت قرينة مع أحدهما حل الحيوان، والمختار الحل بالحركة الشديدة وحدها.

فهذا هو الصحيح الذى نعتمده.

وقد ذكر الشيخ أبو حامد وصاحبا الشامل والبيان وغيرهم أن الحياة المستقرة: ما يجوز أن يبقى معه الحيوان اليوم واليومين بأن يشق جوفها، وظهرت الأمعاء ولم تنفصل، فإذا ذكيت حلت وهذا الذى ذكره منزل على ما قدمناه. والله تعالى أعلم.

وإذا شك فى المذبوح هل كان فيه حياة مستقرة حال ذبحه؟ أم لا؟ ففى حله وجهان:

أحدهما: الحل؛ لأن الأصل بقاء الحياة.

وأصحهما: التحريم للشك فى الذكاة المبيحة. والله أعلم.

وأما قولنا فى الآلة: ليست ظفرا ولا عظما فمعناه: جواز الذبح بكل ما له حد يقطع إلا العظم أو الظفر، وقد سبقت المسألة قريبا واضحة. والله أعلم.

المسألة السادسة: قال أصحابنا - رحمهم الله -: إذا قطع الحلقوم و المرىء والودجين، استحب أن يقتصر على ذلك، ويكره أن يبين رأسه فى الحال، وأن يزيد فى القطع وأن يكسر عنقها وأن يكسر الفقار، وأن يقطع عضوا منها وأن يحركها، وأن ينقلها إلى مكان آخر، وكل ذلك مكروه بل يتركه كله حتى تفارقها الروح وتبرد.

ويستحب ألا يمسكها بعد الذبح مانعا لها من الاضطراب، وقد ذكر المصنف أدلة هذه الأمور. والله أعلم.

فرع: فى مذاهب العلماء فى ذبح ما ينحر ونحر ما يذبح.

قد ذكرنا أن السنة ذبح البقر والغنم ونحر الإبل، فلو خالف وذبح الإبل ونحر البقر والغنم جاز.

هذا مذهبنا وبه قال أبو حنيفة(١) وأحمد(٢) وجمهور العلماء.

قال ابن المنذر: قال بهذا أكثر أهل العلم منهم عطاء وقتادة والزهرى والثورى والليث بن سعد وأبو حنيفة وأحمد وإسحاق وأبو ثور.

وقال مالك(٣): إن ذبح البعير من غير ضرورة أو نحر الشاة من غير ضرورة كره أكلها، وإن نحر البقر فلا بأس.

قال ابن المنذر: وأجمع الناس على أن من نحر الإبل وذبح البقر والغنم فهو مصيب، قال: ولا أعلم أحدا حرم أكل بعير مذبوح أو بقرة وشاة منحورين، قال: وإنما كره مالك ذلك كراهة تنزيه، وقد يكره الإنسان الشىء ولا يحرمه.

وذكر القاضى عياض عن مالك رواية بالكراهة، ورواية بالتحريم، ورواية بإباحة

---

(١) قال في تبين الحقائق (٥/ ٢٩٣): وسن نحر الإبل وذبح البقر والغنم وكره عكسه.

(٢) فرع: إذا أبان رأسه بالذبح، لم يحرم به المذبوح، قدمه فى المحرر وأكله مباح، قاله فى المستوعب وفى الرعاية: يكره ويحل، وعنه: لا يحل، والأول المذهب. قال أحمد: لو أن رجلا ضرب رأس بطة، أو شاة بالسيف يريد بذلك الذبيحة، كان له أن يأكل، روى عن على وعمران، لأنه اجتمع قطع ما لا تبقى الحياة معه مع الذبح.

(٣) قال ابن جزى فى القوانين: فإن ذبح ما ينحر أو نحر ما يذبح من غير ضرورة لم تؤكل. وقيل تؤكل وفاقًا لهما. وقيل يكره. وقيل إن ذبح ما ينحر أكل بخلاف العكس ا.هـ قال فى الرسالة: والبقر تذبح فإن نحرت أكلت، والإبل تنحر فإن ذبحت لم تؤكل. وقد اختلف أيضاً فى أكلها. والغنم تذبح فإن نحرت لم تؤكل. وقد اختلف أيضاً فى ذلك. قُلتُ كل ذلك فى حال الاختيار، وأما فى حالة الضرورة فإنه يؤكل. قال النفزاوى وقيدنا باختيار للاحتراز عن حالة الضرورة فإنه يجوز ذبح ما ينحر ونحر ما يذبح. قال فتلخص أن الإبل تنحر والغنم وما شابهها تذبح، والبقر يجوز فيها الأمران. قال خليل عاطفًا على الواجب: ونحرُ إبل وذبحُ غيره إن قدر وجاز للضرورة إلا البقر فيندب الذبح. ومن الضرورة وقوع الجمل فى مهواة بحيث لا يتوصل إلى محل النحر، ووقوع الغنم فى مهواة بحيث لا يتمكن من ذبحها. ومن الضرورة عدم الآلة على ما جزم به بعضهم ا.هـ. ينظر أسهل المدارك (٢/ ٥٢).

ذبح المنحور دون نحر المذبوح.

ونقل العبدرى عن داود أنه قال: إذا ذبح الإبل ونحر البقر لم يؤكل، وهو محجوج بإجماع من قبله وبما ذكره المصنف.

فرع: فى مذاهبهم فيما يشترط قطعه لحصول الذكاة.

قد ذكرنا أن مذهبنا اشتراط قطع الحلقوم والمرىء بكمالهما، وأن الودجين سنة، وهو أصح الروايتين عن أحمد[١].

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أنه إذا قطع[٢] بما يجوز الذبح به وسمى، وقطع الحلقوم والمرىء والودجين وأسال الدم - حصلت الذكاة، وحلت الذبيحة.

قال: واختلفوا فى قطع البعض وكان الشافعى يقول: يشترط قطع الحلقوم والمرىء ويستحب الودجين.

وقال الليث وداود: يشترط قطع الجميع واختاره ابن المنذر.

وقال أبو حنيفة[٣]: إذا قطع ثلاثة من الأربعة، حل، والأربعة هى: الحلقوم،

---

(١) قال فى الإنصاف (١٠/ ٣٩٢): قوله (الثالث : أن يقطع الحلقوم والمريء) . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب، وجزم به في الوجيز، ومنتخب الأدمي، وتذكرة ابن عبدوس، وغيرهم، وقدمه في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والهادي، والكافي، والمغني، والبلغة، والمحرر، والشرح، والنظم، والرعايتين، والحاويين، وإدراك الغاية، وغيرهم، واختاره أبو الخطاب في خلافه . وعنه : يشترط مع ذلك قطع الودجين، اختاره أبو بكر، وابن البنا، وجزم به في الروضة، واختاره أبو محمد الجوزي .

قال في الكافي : الأولى قطع الجميع . وعنه : يشترط مع قطع الحلقوم والمريء قطع أحد الودجين . وقال في الإيضاح : الحلقوم والودجين . وقال في الإشارة : المريء والودجين . وقال في الرعاية، والكافي أيضا : يكفي قطع الأوداج . فقطع أحدهما مع الحلقوم، أو المريء : أولى بالحل . قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله . وذكره في الأولى رواية وذكر وجها: يكفي قطع ثلاث من الأربعة . وقال : إنه الأقوى . وسئل عمن ذبح شاة، فقطع الحلقوم والودجين، لكن فوق الجوزة ؟ فأجاب : هذه المسألة فيها نزاع، والصحيح : أنها تحل . قلت : وهو ظاهر كلام الأصحاب، حيث أطلقوا الإباحة بقطع ذلك من غير تفصيل.

(٢) فى أ: ذبح.

(٣) قال فى بدائع الصنائع (٥/ ٤٠): والذبح هو فري الأوداج ومحله ما بين اللبة واللحيين؛ لقول النبي عليه الصلاة والسلام الذكاة ما بين اللبة واللحية أي محل الذكاة ما بين اللبة واللحيين وروي الذكاة في الحلق واللبة والنحر فري الأوداج ومحله آخر الحلق، ولو نحر ما =

والمرىء، والودجان.

وقال أبو[١] يوسف ثلاث روايات:

إحداها: كأبى حنيفة.

والثانية: إن قطع الحلقوم واثنين من الثلاثة الباقية حل، وإلا فلا.

والثالثة: يجب قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين.

وقال محمد بن الحسن: إن قطع من كل واحد من الأربعة أكثره حل وإلا فلا.

وقال مالك: يجب قطع الحلقوم والودجين، ولا يشترط المرىء، ونقله العبدرى عنه وعن الليث بن سعد، فيصير عن الليث روايتان، وعن مالك[٢] رواية كاشتراط قطع الأربعة، وهو قول أبى ثور، وعن مالك أيضا الاكتفاء بالودجين.

= يذبح وذبح ما ينحر يحل لوجود فري الأوداج ولكنه يكره؛ لأن السنة في الإبل النحر وفي غيرها الذبح.

ثم الأوداج أربعة: الحلقوم، والمريء، والعرقان اللذان بينهما الحلقوم والمريء، فإذا فرى ذلك كله فقد أتى بالذكاة بكمالها وسننها وإن فرى البعض دون البعض فعند أبي حنيفة رضي الله عنه إذا قطع أكثر الأوداج وهو ثلاثة منها أي ثلاثة كانت وترك واحدا يحل، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يحل حتى يقطع الحلقوم والمريء وأحد العرقين، وقال محمد رحمه الله: لا يحل حتى يقطع من كل واحد من الأربعة أكثره، وقال الشافعي رحمه الله: إذا قطع الحلقوم والمريء حل إذا استوعب قطعهما.

(١) فى أ: وعن أبى

(٢) أما النحر وهو طعن المسلم المميز بمحدَّد بلَبَّه إبلٍ أو زرافةٍ ويجوز فى بقرٍ. واللَّبَّةُ بفتح اللام وهى النقرة التى فوق الترقوة وتحت الرقبة، ويكون ذلك بلا رفع يد قبل التمام، ولا يضر يسير فصل ولو كان اختيارًا، فلا يشترط فيه قطع الحلقوم والودجين بخلاف الذبح ا.هـ.

وأما الذبح قال فى الرسالة: والذكاة قطع الحلقوم والأوداج ولا يجزئ أقل من ذلك، وإن رفع يده بعد قطع بعض ذلك ثم أعاد فأجهز فلا تؤكل ا.هـ. وإليه أشار رحمه الله تعالى فلو رفع المدية قبل تمامها ثم أعاد فأتمها لم تؤكل على المشهور قال الشرنوبى: هذا إذا تراخى. وأما إذا أعاد بلا مهلة فإنها تؤكل رفع اختيارًا أو اضطرارًا، والطول بالعرف. ويجوز أن يكون المتمم غير الأول لكن يلزمه النية والتسمية. ومحل هذا التفصيل إن كانت لو تركت لم تعش. وأما إذا لم تنفذ مقاتلها بحيث لو تركت عاشت فإنها تؤكل ولو مع التراخى لأن الثانية ذكاة مستقلة فلا بدّ فيها من النية والتسمية حيث كان المتمم غير الأول مطلقًا أو الأول فى حالة البعد.

واعتمد العلامة العدوى الأكل فيما إذا وضع شخص آلة الذبح على ودج وآخر على الآخر وقطعا الودجين والحلقوم جميعًا. هذه هى المسألة المشتركة فى الذبح. ينظر أسهل المدارك (٢/ ٥١، ٥٢).

دليلنا: ما ذكره المصنف.

فرع: إذا ذبح الشاة ونحوها من قفاها، فقد ذكرنا أن مذهبنا أنه إن وصل السكين إلى الحلقوم والمرىء وفيه حياة مستقرة، حل، وإلا فلا.

قال العبدرى: وقال مالك[١] وداود[٢]: لا تحل بحال.

وقال أحمد[٣]: فيه روايتان:

إحداهما: تحل.

والثانية: لا تحل إن تعمد.

وقال الرازى الحنفى: قال أصحابنا: إن مات بعد قطع الأوداج الأربعة حل، وإلا فلا.

وحكى ابن المنذر عن الشعبى والثورى والشافعى وأبى حنيفة وإسحاق وأبى ثور ومحمد، حل المذبوح من قفاه.

وعن ابن المسيب وأحمد منعها.

فرع: فى مذاهبهم إذا قطع رأس الذبيحة.

مذهبنا: أنها إذا ذكيت الذكاة المعتبرة وقطع رأسها فى تمام الذبح حلت، وحكاه ابن المنذر عن على بن أبى طالب وابن عمر وعمران بن الحصين وعطاء والحسن

---

(١) قال في مواهب الجليل (٣/ ٢١٠): لو ذبح من العنق أو القفا لم تؤكل ولو نوى الذكاة.

(٢) قال في المحلى (٦/ ١٢٣): وإن ذبح من القفا لم يحل أكل.

(٣) قال فى الإنصاف (١٠/ ٣٩٤): قوله (وإن ذبحها من قفاها، وهو مخطئ، فأتت السكين على موضع ذبحها وهي في الحياة) يعني : الحياة المستقرة أكلت. وهذا المذهب، اختاره ابن عبدوس في تذكرته، وغيره، وجزم به الخرقي، وصاحب الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والمستوعب، والمحرر، والوجيز، والحاويين، وغيرهم، وقدمه في النظم، والرعايتين، والفروع، وغيرهم . وعنه : يؤكل، وإن لم يكن فيه حياة مستقرة . ويحتمله كلام المصنف هنا.

وقال المصنف، والشارح : إن كان الغالب نفاذ ذلك لحدة الآلة وسرعة القطع : فالأولى إباحته، وإلا فلا . وذكر في الترغيب، والرعايتين رواية : يحرم مع حياة مستقرة . وقال في الفروع : وهو ظاهر ما رواه الجماعة.

فائدة : قال القاضي : معنى الخطأ : أن تلتوي الذبيحة عليه، فتأتي السكين على القفا؛ لأنها مع التوائها معجوز عن ذبحها في محل الذبح . فسقط اعتبار المحل كالمتردية في بئر . فأما مع عدم التوائها : فلا يباح ذلك . انتهى، والصحيح من المذهب : أن الخطأ أعم من ذلك . قاله المجد ومن بعده .

البصرى والشعبى والنخعى والزهرى وأبى حنيفة[١] وإسحاق وأبى ثور ومحمد.
وكرهها ابن سيرين ونافع.
وقال مالك[٢]: إن تعمد ذلك لم يأكلها، وهى رواية عن عطاء[٣].

فرع: فى مذاهبهم فى الشاة المنخوعة:

قد ذكرنا أن النخع أن يعجل الذابح فيبلغ بالذبح إلى النخاع، ومذهبنا أن هذا الفعل مكروه والذبيحة حلال.

قال ابن المنذر: وقال ابن عمر: لا تؤكل، وبه قال نافع وكرهه إسحاق.
وقال مالك[٤]: لا أحب أن يتعمد ذلك، وكرهت طائفة الفعل وأباحت الأكل، وبه قال النخعى والزهرى والشافعى وأبو حنيفة[٥] وأحمد وأبو ثور.
قال ابن المنذر: بقول هؤلاء أقول، قال: ولا حجة لمن منع أكلها بعد الذكاة.

فرع: فى مذاهبهم فيما يقطع من الشاة بعد الذكاة قبل أن تبرد.

مذهبنا: أن الفعل مكروه، والعضو المقطوع حلال، وبه قال مالك[٦]

---

(١) وإن كان من قبل القفا: وإن صار بحال لا يعيش قبل قطع الأوداج: لا يحل، وإن كان بحال يعيش: يحل.

(٢) ولو أبان رأس البعير أو الشاة بالسيف: إن كان من قبل الحلقوم: أكل.

(٣) قال فى الإنصاف (١٠/ ٣٩٦): الثانية : لو أبان الرأس بالذبح : لم يحرم على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب، وقدمه في المحرر، والنظم، والرعايتين، والحاويين، والفروع، وغيرهم . وحكى أبو بكر رواية : بتحريمه .

(٤) ترك الذبيحة عن تقطعها أو تسلخها أو نتفها حتى تبرد بخروج روحها. قال ابن جزى عاطفا فى سنن الذبح: وأن يرفق بالبهيمة فلا يضرب بها الأرض. ولا يجعل رجله على عنقها، ولا تجر برجلها، ولا تسلخ، ولا تنخع، ولا يقطع شىء منها حتى تموت. والنخع هو قطع النخاع. والله أعلم ا.هـ.

(٥) قال فى تحفة الفقهاء (٣/ ٩٧): ويكره أن يذبحها على وجه يبلغ النخاع، وهو العرق الأبيض الذي فى عظم الرقبة.

(٦) قال رحمه الله تعالى ويستحب توجيه الذبيحة وتركها بعد الذبح حتى تبرد والله أعلم، يعنى أنه يندب للذابح أن يتوجه إلى القبلة بذبيحته أو منحوره. قال خليل عاطفًا على المندوبات: وضجع ذبح على أيسر وتوجيه، أى إلى القبلة قال ابن القاسم فى المدونة: من السنة توجيه الذبيحة إلى القبلة، فإن لم يفعل أكلت وبئس ما صنع. ونهى مالك الجزارين يدورون حول الحفرة يذبحون حولها وأمرهم بتوجيهها إلى القبلة. قال محمد - أى ابن المواز - ترك توجيهها للقبلة سهوًا عفو، وعمدًا لا أحب أكلها وقال ابن حبيب: إن كان عمدًا لا جهلا لم تؤكل ا.هـ. مواق. قلت: والمشهور فى المذاهب الأكل وإن كان ترك ذلك عمدًا. وأما =

وأبو حنيفة[١] وأحمد[٢] وإسحاق.

قال ابن المنذر: وكره ذلك عطاء. قال: وقال عمرو بن دينار: ذلك العضو ميتة[٣]، وقال عطاء: ألق ذلك العضو.

فرع: فى مذاهبهم فى المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة، وما أكل السبع إذا ذكيت واحدة من هؤلاء.

قال العبدرى من أصحابنا: لها ثلاثة أحوال[٤]:

أحدها: أن يدركها[٥] ولم يبق فيها إلا حركة مذبوح فهذه لا تحل عندنا، وبه قال مالك[٦] وأبو يوسف والجمهور.

= قوله وتركها بعد الذبح إلخ فمستحب أيضًا.

(١) ويكره أن يسلخ قبل أن تموت، لأن هذا زيادة ألم لا يحتاج إليه فإن نخع أو سلخ قبل أن تبرد فلا بأس بذلك، لأنه لم يوجد فيه ألم: ذكره الكرخى وبعض المشايخ قالوا: يكره النخاع بعد الموت قبل أن يبرد، ويكره السلخ.

(٢) قال فى الإنصاف (١٠/ ٤٠٤): قوله (يكره أن يكسر عنق الحيوان، أو يسلخه حتى يبرد) وكذا لا يقطع عضوا منه حتى تزهق نفسه . يعني : يكره ذلك . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب، وجزم به في الوجيز، وغيره، وقدمه في الفروع، وغيره . وكرهه الإمام أحمد رحمه الله . نقل حنبل : لا يفعل . وقال القاضي وغيره : يحرم فعل ذلك . وما هو ببعيد . قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : الإحسان واجب على كل حال، حتى في حال إزهاق النفوس، ناطقها وبهيمها . فعليه أن يحسن القتلة للآدميين والذبحة للبهائم . وقال في الترغيب : يكره قطع رأسه قبل سلخه . ونقل حنبل أيضا : لا يفعل . قال في الرعاية : وعنه لا يحل .

(٣) فى أ: منه.

(٤) فى أ: أقوال.

(٥) فى أ: يذكها.

(٦) قال رحمه الله تعالى (والمنخنقة والموقوذة وما ذكر معهما إن أدركت مستقرة الحياة فذكيت أكلت وإلا فالمشهور الحرمة) يعنى أن المذكورة فى الآية هى خمسة أشياء: الأولى المنخنقة بحبل ونحوه. الثانية الموقوذة بعصا أو حجر وشبهها. الثالثة المتردية أى الساقطة من علو إلى أسفل. الرابعة النطيحة أى التى نطحتها أخرى. الخامسة أكيلة السبع ونحوه. فإن أدركت واحدة منها مستقرة الحياة وذكيت قبل إنفاذ مقتلها أكلت وإلا فالمشهور عند مالك الحرمة. هذا لقول الله تعالى عاطفا على التحريم: ﴿والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم﴾ قال الحافظ السيوطى أى أدركتم ما فيه الروح من هذه الأشياء فذبحتموه ا. هـ. قال الصاوى أى مع بقاء الحياة المستقرة بحيث يتحرك بالاختيار، أو يبصر بالاختيار ولو نفذت مقاتله. وهذا مذهب الشافعى. ومذهب مالك لابد من استقرار الحياة مع عدم إنفاذ المقاتل، فما أدرك بذكاة وهو مستقر الحياة وكان قبل إنفاذ مقتله أكل =

وعن أبى يوسف رواية أنها إن كانت بحيث تعيش أكثر من نصف يوم حلت.

الثانية: أن يدركها، وفيها حياة مستقرة، ولكن يعلم أنها تموت قطعا، فتحل بالذكاة بلا خلاف عندنا والصحيحة عن مالك: أنها لا تحل.

الثالثة: أن يدركها وهى بحيث يحتمل أن تعيش ويحتمل ألا تعيش، والحياة مستقرة فتحل عندنا.

وقال مالك: لا تؤكل.

وقال أبو حنيفة[1] وداود: إذا ذكاها قبل أن تموت حلت ولم يفصلا.

وعن أبى حنيفة رواية أخرى: أنها لا تحل إلا إن علم[2] أنها تعيش يوما أو أكثر.

وقال محمد بن الحسن وأحمد[3]: إن كانت تعيش معه اليوم ونحوه حلت، وإن كانت لا تبقى إلا كبقاء المذبوح، لم تحل، هذا نقل العبدرى.

وقال ابن المنذر: روينا عن على - رضى الله عنه: إن أدركها وهى تحرك يدا أو رجلا فذكاها حلت، قال: وروى معنى ذلك عن أبى هريرة والشعبى والحسن البصرى وقتادة ومالك.

وقال الثورى: إذا خرق السبع بطنها وفيها الروح فذبحها فهى ذكية، وبه قال

= وإلا فلا يؤكل ولو ثبتت له حياة مستقرة. والمقاتل هى قطع النخاع، ونثر الدماغ، وفرى الودج، وثقب المصران، ونثر الحشوة. وفى شق الودج قولان. والاستثناء راجع للمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع، وهو متصل على كلا المذهبين مع مراعاة الشرط المتقدم عند كل ا.هـ. وعلى أصل المذهب مشى صاحب الرسالة كغيره فقال: والمنخنقة بحبل ونحوه. والموقوذة بعصا وشبهها والمتردية والنطيحة وأكيلة السبع إن بلغ ذلك منها فى هذه الوجوه مبلغا لا تعيش معه لم يؤكل بذكاة ا.هـ.

(١) قال في المبسوط (٣/١٢): وإذا ذبحت شاة من قبل القفا فقطع الأكثر من هذه الأشياء قبل أن تموت حلت.

(٢) فى أ: أن يعلم.

(٣) قال فى الإنصاف (١٠/٣٩٦): قوله (وكل ما وجد فيه سبب الموت كالمنخنقة، والمتردية، والنطيحة، وأكيلة السبع إذا أدرك ذكاتها، وفيها حياة مستقرة أكثر من حركة المذبوح: حلت. وإن صارت حركتها كحركة المذبوح: لم تحل). هكذا قال في الرعاية الكبرى، وتذكرة ابن عبدوس. قال الشيخ تقي الدين رحمه الله، وقيل: تزيد على حركة المذبوح. وقال في الفروع: وما أصابه سبب الموت من منخنقة، وموقوذة، ومتردية ونطيحة، وأكيلة سبع فذكاه، وحياته يمكن زيادتها: حل. وقيل: بشرط تحركه بيد أو طرف عين، ونحوه. وقيل: أو لا. انتهى.

أحمد وإسحاق.

وقال الليث: إن ركضت عند الذبح فلا بأس بأكلها، والله أعلم.

فرع: فى مذاهبهم فى نحر الإبل قائمة.

أجمعوا أن الأفضل ذبح البقر والغنم مضجعة.

وأما الإبل فمذهبنا أنه يسن نحرها قائمة معقولة اليد اليسرى كما سبق، وبه قال العلماء كافة إلا الثورى وأبا حنيفة[1] فقالا: سواء نحرها قائمة وباركة، ولا فضيلة.

وحكى القاضى عياض عن عطاء، أن نحرها باركة معقولة أفضل من قائمة.

وهذان المذهبان مردودان بالأحاديث الصحيحة السابقة.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: ويجوز الصيد بالجوارح المعلمة كالكلب والفهد والبازى والصقر؛ لقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ ٱللَّهُ فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤] قال ابن عباس رضى الله عنهما: هى الكلاب المعلمة والبازى وكل طائر يعلم الصيد والمعلم هو الذى إذ أرسله على الصيد طلبه فإذا أشلاه استشلى فإذا أخذ الصيد أمسكه وخلى بينه وبينه فإذا تكرر منه ذلك كان معلما وحل له ما قتله[2].

الشرح: هذا الأثر عن ابن عباس[3] رواه البيهقى عنه بإسناد ضعيف؛ لأنه من رواية على بن أبى طلحة عن ابن عباس ولم يدرك ابن عباس وإنما روى التفسير عن مجاهد عن ابن عباس، وقد ضعفه أيضا الأكثرون.

قال الشافعى والأصحاب: يجوز الاصطياد بجوارح السباع المعلمة، كالكلب والفهد والنمر وغيرها، وبجوارح الطير كالنسر والبازى والعقاب والباشق والشاهين وسائر الصقور وسواء فى الكلاب الأسود وغيره، ولا خلاف فى شىء من هذا عندنا إلا وجها لأبى بكر الفارسى من أصحابنا أن صيد الكلب الأسود حرام، حكاه الرويانى والرافعى وغيرهما، وهو ضعيف، بل باطل.

وأما قول الغزالى فى الوسيط: فريسة الفهد والنمر حرام، فغلط مردود، وليس

---

(١) قال في البحر الرائق (٨/ ١٩٥): والسنة في النحر أن ينحر قائمًا، وفي الشاة والبقر أن تذبح مضطجعة.

(٢) فى أ: يقتله.

(٣) أخرجه البيهقى (٩/ ٢٣٥) فى كتاب الصيد والذبائح.

وجها فى المذهب، بل لها[١] حكم الكلب فى الاصطياد بلا خلاف، نص عليه الشافعى فى مختصر المزنى وجميع الأصحاب فى جميع الطرق، وكلهم صرحوا بالفهد والنمر وأنها[٢] كالكلب، وهذا نص الشافعى - رحمه الله - فى المختصر قال: كل معلم من كلب وفهد ونمر، وهكذا عبارة جميعهم.

وأما استبعاد الغزالى تعلمها فلا يقبل؛ لأن الاصطياد بالفهود المعلمة كثير مشهور مشاهد، والنمر إذا أخذ صغيرا تيسر تعليمه فحصل أنه لا خلاف فى جوازه، وأن الكلب والنمر فى هذا سواء.

قال الرافعى: ذكر إمام الحرمين أن الفهد يبعد عنه التعليم[٣]؛ لأنفته وعدم انقياده، فإن تصور تعلمه على ندور فهو كالكلب.

قال الرافعى: وهذا الذى قاله الإمام لا يخالف ما قاله الشافعى والأصحاب، قال: وفى كلام الغزالى ما يوهم خلاف هذا، قال: وهو مجهول[٤] على ما ذكره الإمام، قال: ولا خلاف فيه. والله أعلم.

قال أصحابنا: والمراد بجواز الاصطياد بهذه الجوارح أن ما أخذته وجرحته وأدركه صاحبها ميتا أو فى حركة المذبوح، أو لم يتمكن من ذبحه، حل أكله، ويقوم إرسال الصائد وجرح الجارح فى أى موضع كان مقام الذبح فى غير الصيد.

قالوا: وأما الاصطياد بمعنى إثبات الملك فلا يختص بها، بل يحصل بأى طريق تيسر، سواء كان بكلب معلم أو غير الكلب، ولكن لا يحل ما قتله غير المعلم، وإنما يحل إذا ذكى، وفيه حياة مستقرة.

قال أصحابنا: ويشترط لحل ما قتله الجارح كونه معلما، وشرط تعليمه أربعة أمور:

أحدها: أن ينزجر بزجر صاحبه، هكذا أطلقه المصنف والجمهور، وهو المذهب.

وقال إمام الحرمين: يعتبر ذلك فى ابتداء الإرسال.

---

(١) فى أ: لهما.
(٢) فى أ : وأنهما.
(٣) فى أ: فيه التعلم.
(٤) فى أ: محمول.

وأما إذا انطلق واشتد عدوه ففى اشتراطه [وجهان][(١)]:

أصحهما: يشترط كما قاله الجمهور.

الشرط الثانى: أن يسترسل بإرساله، ومعناه: أنه إذا أغرى بالصيد هاج.

الثالث: أن يمسك الصيد فيحبسه على صاحبه ولا يخليه.

الرابع: ألا يأكل منه.

هذا هو المذهب، وبه قطع المصنف والجمهور، وهو المعروف من نصوص الشافعى.

وفيه قول شاذ: إنه لا يضر الأكل حكاه الرافعى، وليس بشىء.

وذكر إمام الحرمين أن ظاهر المذهب أنه يشترط أيضًا أن ينطلق بانطلاق صاحبه، وأنه لو انطلق بنفسه لم يكن معلما، ورآه الإمام مشكلا من حيث إن الكلب على أى صفة كان، إذا رأى صيدا بالقرب منه وهو على كلب الجوع يبعد انكفافه.

هذا حكم الكلب وما فى معناه من جوارح السباع.

وأما جوارح الطير فيشترط فيها أن تهيج عند الإغراء أيضا، ويشترط ترك أكلها من الصيد على المذهب وبه قطع المصنف وكثيرون، وحكى إمام الحرمين والخراسانيون فيه قولين.

قال الإمام: ولا نطمع فى انزجارها بعد الطيران. قال: ويبعد أيضا اشتراط انكفافها فى أول الأمر، والله أعلم.

فرع: قال المصنف والأصحاب: هذه الأمور المشترطة فى التعلم يشترط تكررها؛ ليغلب على الظن تأدب الجارحة، ومصيرها معلمة.

والرجوع فى عدد ذلك إلى أهل الخبرة بالجوارح، هذا هو المذهب.

قال الرافعى: وهو مقتضى كلام الجمهور، وفيه وجه: أنه يشترط تكرر ثلاث مرات.

ووجه ثالث: أنه يكفى مرتان.

والصحيح الأول.

---

(١) سقط فى ط.

فرع: فى مذاهب العلماء:

ذكرنا أن مذهبنا جواز الاصطياد بجميع الجوارح المعلمة من السباع والطير، كالكلب الأسود وغيره، والفهد والنمر، والبازى والعقاب والصقور كلها، قال العبدرى: وبهذا قال أكثر الفقهاء.

قال: وعن ابن عمر ومجاهد أنهما كرها صيد البازى وغيره من الطيور.

وقال الحسن البصرى والنخعى وقتادة وأحمد(١) وإسحاق: يجوز بذلك كله إلا الكلب الأسود البهيم، قال ابن المنذر: قال أحمد: ما أعلم أحدا يرخص فيه إذا كان بهيما.

قال ابن المنذر: وقال عوام أهل العلم من أهل المدينة وأهل الكوفة بإباحة صيد الكلب الأسود كغيره، وممن روى عنهم البيهقى جواز أكل صيد الطيور كالصقور؛ سلمان الفارسى وابن عباس وعطاء وعكرمة وسعيد بن جبير، وحكاه أبو الزناد عن فقهاء المدينة الذين ينتهى إلى قولهم، وحكاه ابن المنذر عن ابن عباس وطاوس وعطاء ويحيى بن أبى كثير والحسن البصرى ومالك(٢) وأبى حنيفة وأبى ثور

---

(١) قال فى الإنصاف (١٠/ ٤٢٠): قوله (الثاني : الآلة . وهي نوعان : محدد . فيشترط له ما يشترط لآلة الذكاة، ولا بد من جرحه به . فإن قتله بثقله : لم يبح) . كشبكة، وفخ وبندقة، ولو شدخه، نقله الميموني، ولو قطعت حلقومه ومريئه . قوله (وإن صاد بالمعراض : أكل ما قتل بحده، دون عرضه) . إذا قتله بحده : أبيح بلا نزاع . وإن قتله بعرضه : لم يبح مطلقا على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب، وجزم به في الوجيز، وغيره، وقدمه في الفروع، وغيره . وقال في المستوعب، والترغيب : ولم يجرحه، لم يبح. فظاهر كلامهما : أنه إذا جرحه بعرضه يباح . قال في الفروع : وهو ظاهر نصوصه ، وإن نصب مناجل، أو سكاكين، وسمى عند نصبها فقتلت صيدا : أبيح ، وإن قتل بسهم مسموم : لم يبح . إذا غلب على الظن أن السم أعان على قتله.

(٢) قال رحمه الله تعالى (يباح الاصطياد بالسلاح المحدد) يعنى يباح الاصطياد بأى شىء محدد إلا السن والظفر، سواء كان المحدد سلاحا أو غيره فقد عقد ابن جزى فصلاً فى الآلة التى يذكى بها فقال: وهى كل محدد يمكن به إنفاذ المقاتل وإنهار الدم، سواء كان من حديد أو عظم أو عود أو قصب أو حجر له حد أو زجاج إلا أنه يكره غير الحديد من غير حاجة، وتؤكل وأما السن والظفر ففيهما ثلاثة أقوال، انظر القوانين ا.هـ.

قال رحمه الله تعالى (والجوارح المكلبة وهى المطيعة بالإغراء الممتنعة بالزجر فيؤكل ما أنفذت مقاتله وإن أكلت منه إذا كانت مرسلة إليه) الجوارح معطوف على السلاح، والمعنى يباح الاصطياد بالسلاح المحدد، وبالجوارح المكلبة، وهى الكواسب التى ترسل إلى الصيد سواء من الحيوان كالكلب، أو من الطير كالباز تمسكه وتمنعه عن الجرى العادى المعلم منها =

ومحمد.

واحتج لابن عمر ومجاهد بقوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤] فخصه بالكلاب.

واحتج أصحابنا للحسن وموافقيه بحديث جابر أن النبى ﷺ: «أَمَرَ بِقَتْلِ الْكِلَابِ، ثُمَّ نَهَى عَنْ قَتْلِهَا وَقَالَ: عَلَيْكُمْ بِالْأَسْوَدِ الْبَهِيمِ ذِى النُّقْطَتَيْنِ فَإِنَّهُ شَيْطَانٌ» رواه مسلم فى صحيحه.

واحتج أصحابنا بقوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤] قالوا: والجوارح تطلق على السباع والطيور.

والجارحة الكاسب، فكل كاسب منها جارحة.

قال الجوهرى - فى الصحاح -: الجوارح من السباع والطير: ذوات الصيد، وبهذه الحروف قال ابن فارس فى المجمل وجماهير أهل اللغة.

قال الواحدى - فى البسيط -: الجوارح هى الكواسب من الطير والسباع ذوات الصيد، واحدها جارحة، والكلب الضارى جارحة، سميت جوارح؛ لأنها كواسب

= هى التى يؤكل صيدها التى إذا أرسلت أطاعت وإذا زجرت انزجرت، ولو كانت من جنس ما لا يقبل التعليم عادة كالنمر. قال الصاوى: واعلم أن عصيان المعلم مرة لا يخرجه عن كونه معلما، كما لا يكون معلما بطاعته مرة، بل المرجع فى ذلك للعرف ا.هـ.

فإذا قتل الجارح المعلم الصيد فإنه يباح لك أكل جميع ما أنفذ مقتله إذا أرسلته فمات قبل قدرتك على ذكاته سواء من الحيوانات أو من الطيور بالشروط المعتبرة فى الصيد والصائد قال الدردير عاطفا على ذبح: وعقر وهو جرح مسلم مميز وحشيا غير مقدور عليه إلا بعسر لا كافر ولو كتابيا، ولا إنسيًا شرد أو تردى بحفرة، بمحدد، أو حيوان علم من طير أو غيره فمات قبل إدراكه، إن أرسله من يده أو من يد غلامه، ولم يشتغل بغيره قبله، وأدماه ولو بأذن، وعلمه من المباح، وإن لم يعلم نوعه منه، وإن تعدد مصيده إن نوى الجميع وإلا فما نواه إن صاده أولا، لا إن تردد فى حرمته أو فى المبيح إن شاركه غير ككلب كافر أو غير معلم أو تراخى فى اتباعه إلا أن يتحقق أنه لا يلحقه، أو حمل الآلة مع غيره أو بخرجه، أو بات أو صدمه أو عضه بلا جرح، أو اضطرب فأرسله بلا رؤية ا.هـ.

قال فى الرسالة: وكل ما قتله كلبك المعلم أو بازُك المعلمُ فجائز أكله إذا أرسلته عليه. وكذلك ما أنفذت الجوارح مقاتله قبل قدرتك على ذكاته وما أدركته قبل إنفاذها لمقاتله لم يؤكل إلا بذكاة وكل ما صدته بسهمك أو رمحك فكله، فإن أدركت ذكاته فذكه، وإن فات بنفسه فكله إذا قتله سهمك ما لم يبت عندك وقيل إنما ذلك فيما بات عنك مما قتلته الجوارح، وأما السهم يوجد فى مقاتله فلا بأس بأكله ا.هـ.

أنفسها، من جرح واجترح إذا اكتسب.

قال ابن عباس: يريد الطير الصائدة، والكلاب والفهود وسباع الطير، كالشواهين والبواشق والعقبان، فما اصطادت هذه فهو حلال.

قال الواحدى: قال الليث: سئل مجاهد عن الصقر والبازى والفهد وما يصطاد من السباع فقال: هذه كلها جوارح، قال الواحدى: وهذا قول جميع المفسرين إلا ما روى عن ابن عمر والضحاك أنهما قالا: الجوارح الكلاب دون غيرها.

قالا: وما صاد غير الكلاب ولم يدرك ذكاته لم يحل، ومثله عن السدى.

قال الواحدى: وهذا قول غير معمول به قال: وقوله تعالى مكلبين: للكلب الذى يعلم الكلاب الصيد.

قال الواحدى: قال أهل المعانى: وليس فيه دليل على أنه إنما أبيح صيد الكلاب خاصة؛ لأنه بمنزلة قولك: مؤدبين.

هذا آخر نقل الواحدى، فهذا الذى ذكرناه من الاحتجاج بالآية الكريمة هو المعتمد فى الاستدلال مع القياس على الكلب.

وأما الحديث الذى احتج به جماعة من أصحابنا، وهو حديث مجالد عن الشعبى عن عدى بن حاتم أن النبى ﷺ قال: «مَا عَلَّمْتَ مِنْ كَلْبٍ أَوْ بَازٍ ثُمَّ أَرْسَلْتَهُ وَذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ، فَكُلْ مِمَّا أَمْسَكَ عَلَيْكَ، قُلْتُ: وَإِنْ قَتَلَ؟ قَالَ: إِذَا قَتَلَهُ وَلَمْ يَأْكُلْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنَّمَا أَمْسَكَهُ عَلَيْكَ»[(١)] فرواه أبو داود والبيهقى وغيرهما، ولكنه ضعيف فإن مجالدا ضعيف باتفاقهم.

قال البيهقى: ذكر البازى فى هذه الرواية لم يأت به الحفاظ عن الشعبى، وإنما أتى به مجالد. والله أعلم.

---

(١) أخرجه الترمذى (٤/٦٦) كتاب: الصيد، باب: ما جاء فى صيد البزاة، حديث (١٤٦٧) وأحمد (٤/٢٥٧)، وأبو داود (٣/٢٧١) كتاب: الصيد، باب: فى الصيد، حديث (٢٨٥١)، والبيهقى (٩/٢٣٨) كتاب: الصيد والذبائح، باب: البزاة المعلمة إذا أكلت، من طريق مجالد عن الشعبى عن عدى بن حاتم قلت: يا رسول الله، إنا قوم نتصيد بهذه الكلاب، والبزاة فما يحل لنا منها؟ قال: «يحل لكم ما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله، فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه. فما علمت من كلب، أو باز ثم أرسلت، وذكرت اسم الله عليه، فكل مما أمسك عيك». قلت: وإن قتل، قال: «وإن قتل، ولم يأكل منه شيئًا، فإنما أمسك عليك».

وأما الجواب عن احتجاجهم بالآية الكريمة فقد ذكرنا معناها وفى ضمنه الجواب عن احتجاجهم.

وأما الجواب عن حديث الأمر بقتل الكلب الأسود فهو أنه لا يلزم من قتله تحريم صيده، مع أن القتل منسوخ كما سنوضحه فى باب ما يجوز بيعه إن شاء الله تعالى.

قال ابن المنذر: وقد قال الله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤]. «وَقَالَ النَّبِى ﷺ لِعَدِى: إِذَا أَرْسَلْتَ كَلْبَكَ فَأَخَذَهُ وَقَتَلَهُ فَكُلْ» قال: فالقول بظاهر الكتاب والسنة واجب، ولا يجوز أن يستثنى منهما إلا بكتاب أو سنة. والله أعلم.

فرع: فى مذاهبهم فى ضبط تعليم الجارحة.

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يشترط فى مصيره معلما أربعة شروط، وأنه يشترط تكرره بحيث يقول أهل الخبرة: إنه صار معلما وأوضحنا ذلك، ولم يعتبر أصحابنا عدد المرات فى ذلك، بل اعتبروا العرف كما ذكرنا قال العبدرى: وقال مالك: المعلم الذى يفقه عن مرسله فيأتمر إذا أمره، وينزجر إذا زجره، ولا يشترط ترك الأكل فيه، سواء الكلب وغيره.

وقال أبو حنيفة[1]: يعتبر تكرر ذلك مرتين، وفى رواية عنه: لا تقدير فى التعليم، بل إذا وقع فى نفس صاحبه مصيره معلما حل صيده.

وقال أحمد: حده أن يصطاد ولا يأكل.

قال: وليس له حد كتعلم الصناعات، وبهذا قال داود.

وقال أبو يوسف ومحمد: وهو أن يصطاد ثلاث مرات، ولا يأكل.

---

(١) الثانى أن يكون الحيوان الجارح معلما، لقوله تعالى ﴿وما علمتم من الجوارح مكلبين﴾.
وتعليم ذى الناب أنه إذا أرسل يتبع الصيد، وإذا أخذه أمسكه على صاحبه ولم يأكل منه شيئا.
وتعليم ذى المخلب أن يستجيب إذا دعى، ويتبع الصيد إذا أرسل، وإن أكل منه فلا بأس به.
ثم أبو حنيفة، فى ظاهر الرواية، لا يوقت فى التعليم ولكن ينبغى أن يقول أهل العلم بذلك: إنه معلم.
وروى الحسن عنه أنه قال: لا يأكل أول ما يصيد ولا الثانى ثم يؤكل الثالث وما بعده.
وقال أبو يوسف ومحمد: إذا صاد ثلاث مرات ولم يأكل فهو معلم.
ثم إذا صار معلما، من حيث الظاهر، وصاد به صاحبه، ثم أكل بعد ذلك من صيد يأخذه، فقد بطل تعليمه، ولا يؤكل بعد ذلك صيده، حتى يعلم تعليما ثانيا بلا خلاف.

وحكى ابن المنذر عن ربيعة أنه قال: إذا دعا الكلب فأجاب وزجره [عن الصيد] فأطاع، فمعلم.

وأما الطيور فما أجاب منها إذا دعى فمعلم، ومثله عن أبى ثور إلا أنه قال: ما لم يأكل، وحكى ابن المنذر عن بعض العلماء حصول التعلم بمرة.

فرع: فى مذاهبهم فى اصطياد المسلم بكلب أو طائر علمه مجوسى.

مذهبنا أنه حلال، ويحل ما قتله.

قال العبدرى: وبه قال الفقهاء كافة.

قال ابن المنذر: وبه قال سعيد بن المسيب والحكم والزهرى ومالك وأبو حنيفة وأبو ثور، وهو أصح الروايتين عن عطاء.

قال: وممن كرهه جابر بن عبد الله والحسن البصرى وعطاء ومجاهد والنخعى والثورى وإسحاق بن راهويه.

وكره الحسن الاصطياد بكلب اليهودى والنصرانى.

وقال أحمد بن حنبل وإسحاق: كلب اليهودى والنصرانى أهون.

فرع: قال ابن المنذر: روينا عن ابن عباس قال: إذا قتل الكلب الصيد فأكل منه فاضربه حتى يمسك عليك.

فرع: المعروف فى اللغة أن قولهم: أشلى الكلب، أى: استدعاه، وأما إرساله فيقال فيه: أغراه.

واستعمال المصنف له هنا وفى التنبيه على وفق هذا المشهور فى اللغة.

وقال الشافعى فى المختصر: كل معلم من كلب أو فهد أو نمر فكان إذا أشلى استشلى وإذا أخذ حبس ولم يأكل فهو معلم. هذا لفظه.

قال أصحابنا: اعترض أبو بكر بن داود الظاهرى على قول الشافعى: إذا أشلاه استشلى، فقال: يقال: أشلاه: إذا دعاه، وأغراه: إذا أرسله؛ ولهذا قال الشاعر: أشليت عيرى ومسحت قعبى.

وأجاب أصحابنا عن هذا الاعتراض بأجوبة:

أحدها: أن الشافعى من أهل اللغة، ومن فصحاء العرب الذين يحتج بلغتهم كالفرزدق وغيره؛ لأنه عربى النسب والدار والعصر.

قال الأصمعى: قرأت ديوان الهذليين على فتى من قريش يقال له: محمد بن

إدريس الشافعي قالوا: فيكون أشلى من الأضداد يطلق على الاستدعاء وعلى الإغراء.

ومما يؤيد هذا الجواب ويوضحه أكمل إيضاح أن أبا الحسين أحمد بن فارس المجمع على توثيقه وأمانته(١) في اللغة قال في كتاب المجمل: يقال: أشليت الكلب: إذا دعوته، وأشليته: أغريته، قال: قال الأعجم: أتينا أبا عمرو فأشلى كلابه علينا فكدنا بين بيتيه نؤكل.

الجواب الثاني: أن الإشلاء - وإن كان هو الاستدعاء - فاستعماله هنا صحيح، وكأنه يستدعيه ليرسله؛ فعبر بالإشلاء عن الإرسال؛ لأنه يئول إليه وهو من باب تسمية الشيء بما يصير إليه ومنه ﴿إِنِّيٓ أَرَىٰنِيٓ أَعۡصِرُ خَمۡرٗاۖ﴾ [يوسف: ٣٦].

والثالث: جواب الأزهري أن معنى أشلى: دعا [فاستشلى] أي: أجاب، كأنه يدعوه للصيد فيجيبه ويقصد الصيد، والله سبحانه أعلم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن أرسل من تحل ذكاته جارحة معلمة على الصيد فقتله بظفره أو نابه أو بمنقاره حل أكله؛ لما روى أبو ثعلبة الخشني - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «إِذَا كُنتَ فِي أَرْضِ صَيدٍ فَأَرْسَلْتَ كَلْبَكَ الْمُعَلَّمَ فَاذْكُر اسْمَ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيهِ وَكُلْ».

وأما إذا أرسله من لا تحل ذكاته فقتله لم(٢) يحل؛ لأن الكلب آلة كالسكين والمذكي هو المرسل، فإذا لم يكن من أهل الذكاة لم يحل صيده، فإن(٣) أرسل جارحة غير معلمة فقتل الصيد لم يحل؛ لما روى أبو ثعلبة أن النبي ﷺ قال: «إِذَا أَرسَلْتَ كَلْبَكَ الَّذِي لَيسَ بِمُعَلَّمٍ فَمَا أَدْرَكْتَ ذَكَاتَهُ فَكُلْ»، وإن استرسل المعلم بنفسه فقتل الصيد لم يحل؛ لما روى عدي بن حاتم أن رسول الله ﷺ قال: «إِذَا أَرْسَلْتَ كِلَابَكَ الْمُعَلَّمَةَ فَأَمْسَكْنَ عَلَيكَ فَكُلْ؟ قُلْتُ: وَإِنْ قَتَلْنَ؟ قَالَ: وَإِنْ قَتَلْنَ» فشرط أن يرسل.

وإن أرسله فقتل الصيد بثقله ففيه قولان:

أحدهما: لا يحل؛ لأنه آلة للصيد فإذا قتل بثقلة لم يحل كالسلاح.

---

(١) في أ: وإمامته.

(٢) في أ: فلا.

(٣) في أ: ولو.

والثانى: يحل؛ لحديث عدى.

ولأنه لا يمكن تعليم الكلب الجرح وإنهار الدم فسقط اعتباره كالعقر فى محل الذكاة.

وإن شارك كلبه فى قتل الصيد كلب مجوسى أو كلب استرسل بنفسه لم يحل؛ لأنه اجتمع فى ذبحه ما يقتضى الحظر والإباحة فغلب الحظر كالمتولد بين ما[١] يؤكل وبين ما لا يؤكل.

وإن وجد مع كلبه كلبا آخر لا يعرف حاله ولا يعلم القاتل منهما لم يحل؛ لما روى عدى بن حاتم قال: «سَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَقُلْتُ: أَرْسَلْتُ كَلْبِى وَوَجَدْتُ[٢] مَعَ كَلْبِى كَلْبًا آخَرَ لَا أَدرِى أَيُّهُمَا أَخَذَهُ؟ فَقَالَ: لَا تَأْكُلْ فَإِنَّمَا سَمَّيْتَ عَلَى كَلْبِكَ وَلَمْ تُسَمِّ عَلَى غَيْرِهِ».

ولأن الأصل فيه الحظر فإذا أشكل بقى على أصله.

الشرح: حديث أبى ثعلبة[٣] الأول وحديثه الثانى رواهما البخارى ومسلم بمعناهما.

وحديث عدى الأول وحديثه الثانى رواهما البخارى ومسلم، وسبق بيان اسم أبى ثعلبة ونسبه فى باب الآنية، ولغات الظفر فى باب السواك.

وقوله: منقاره بكسر الميم، وقوله: بثقله هو بكسر الثاء، وقوله: كالعقر فى محل الذكاة، يعنى كما يسقط اعتبار العقر فى محل الذكاة، الذى هو الحلق واللبة.

أما الأحكام ففيها مسائل:

إحداها: إذا أرسل من تحل ذكاته جارحة معلمة على صيد فقتله بظفره أو نابه أو [منقاره][٤] حل أكله بلا خلاف؛ لما ذكره المصنف، وإذا أرسل من لا تحل ذكاته كمرتد أو وثنى أو مجوسى جارحة معلمة فقتل الصيد بظفره أو نابه لم يحل سواء كان علمها مسلم أو مجوسى.

هذا هو المذهب والمنصوص وبه قطع الأصحاب فى جميع الطرق، إلا ما شذ به

---

(١) فى أ: مما.
(٢) فى أ: وأجد.
(٣) تقدم.
(٤) سقط فى ط.

صاحبا العدة والبيان فحكيا وجها: أنه يحل ما قتله جارحة المجوسى.

وهذا غلط ظاهر، إلا أن بعض أصحابنا حكى وجها فى حل مناكحة المجوسى وذبيحته بناء على أن لهم كتابا، فعلى هذا الوجه يحل صيده كذكاته، ولعل هذا القائل أراد هذا الوجه، وكيف كان، فالصواب أنه لا يحل صيده مطلقا.

ولو اشترك المسلم والمجوسى فى إرسال كلب أو سهم على الصيد، واشترك كلباهما فى قتله، لم يحل؛ لما ذكره المصنف.

وإن رميا سهمين أو أرسلا كلبين فسبق كلب المسلم أو سهمه فقتل الصيد أو أنهاه إلى حركة المذبوح حل، ولا أثر لوقوع سهم المجوسى أو كلبه بعد ذلك فيه؛ كما لو ذبح مسلم شاة ثم قدها مجوسى.

وإن سبق ما أرسله المجوسى أو جرحا معا أو مرتبا، ولم يذفف واحد منهما، فهلك بهما، أو لم يعلم أيهما قتله - لم يحل بلا خلاف.

قال الرويانى: متى اشتركا فى إمساكه وعقره أو فى أحدهما، وانفرد واحد بالآخر، أو انفرد كل واحد منهما بأحدهما، فهو حرام، ولو كان للمسلم كلبان معلم وغيره أو معلمان أرسل أحدهما وذهب الآخر بلا إرسال فقتلا صيدا أو وجد مع كلبه كلبا آخر، ولم يعلم أيهما القاتل - فهو كاسترسال[1] كلبى المسلم والمجوسى، ولو تقرب[2] الصيد من كلب المسلم فعارضه كلب المجوسى فرده عليه فقتله كلب المسلم حل؛ كما لو ذبح مسلم شاة أمسكها مجوسى.

ولو جرحه مسلم أولا ثم قتله مجوسى، أو جرحه جرحا غير مذفف ومات بالجرحين فحرام، وإن كان المسلم قد أثخنه بجراحته فقد ملكه، ويلزم المجوسى قيمته له؛ لأنه أتلفه فجعله ميتة، ولا خلاف عندنا أنه يحل ما اصطاده المسلم بكلب المجوسى؛ كما لو ذبح بسكينته أو رمى بسهمه أو قوسه. والله أعلم.

المسألة الثالثة: أرسل المسلم جارحة غير معلمة فقتل الصيد لم يحل بالإجماع وقد سبق بيانه قريبا، وذكرنا هناك أنه لو جرحه وأدرك فيه حياة مستقرة فذكاه حل، وإلا فلا.

الرابعة: لو استرسل المعلم بغير إرسال فقتل الصيد لم يحل؛ لما ذكره المصنف.

---

(١) فى أ: كاشتراك.

(٢) فى أ: هرب.

قال أصحابنا: فلو أكل من هذا الصيد لم يقدح ذلك فى كونه معلما بلا خلاف، وإنما يقدح فى الأكل على أصح القولين إذا أرسله صاحبه.

أما إذا استرسل فزجره صاحبه فانزجر ووقف ثم أغراه فاسترسل وقتل الصيد فيحل بلا خلاف، وإن لم ينزجر ومضى لوجهه لم يحل، سواء زاد عدوه وحدته أم لا، ولو لم يزجره بل أغراه، فإن لم يزد عدوه فحرام قطعا، وكذا إن زاد على أصح الوجهين، وبه قطع أبو حامد وابن الصباغ.

فإن كان الإغراء وزيادة العدو بعد ما زجره فلم ينزجر فطريقان:

قطع العراقيون بالتحريم.

وقال الخراسانيون: فيه وجهان مرتبان على الوجهين السابقين، وأولى بالتحريم.

ولو أرسل مسلم كلبا وأغراه مجوسى فازداد عدوه:

فإن قلنا فى الصورة السابقة: لا ينقطع حكم الاسترسال ولا يؤثر الإغراء، حل هنا ولا أثر لإغراء المجوسى.

وإن قطعناه وأحلنا على الإغراء، لم يحل هذا.

هكذا قاله الجمهور وقطع البغوى بالتحريم واختاره القاضى أبو الطيب؛ لأنه قطع للأول أو مشاركة وكلاهما يحرمه.

ولو أرسل مجوسى كلبا فأغراه مسلم فازداد عدوه، فوجهان بناء على عكس ما سبق، ومن الأصحاب من قطع هنا بالتحريم.

ولو أرسل مسلم كلبا[1] فزجره فضولى فانزجر ثم أغراه فاسترسل وأخذ صيدا فلمن يكون الصيد؟ فيه وجهان:

أصحهما: للفضولى.

والثانى: للمالك؛ كالوجهين فيمن غصب كلبا فاصطاد به.

ولو زجره فلم ينزجر فأغراه أو لم يزجره بل أغراه وزاد عدوه وقلنا: الصيد للغاصب خرج على خلاف فى الإغراء هل يقطع حكم الابتداء أم لا؟.

إن قلنا: لا - وهو الأصح - فالصيد لصاحب الكلب، وإلا فللغاصب الفضولى.

---

(١) فى أ: كلبه.

قال إمام الحرمين: ولا يمنع[١] تخريج وجه باشتراكهما، والله أعلم.

الخامسة: إذا لم يجرح الكلب الصيد بل قتله بثقله وصدمته فقولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما:

أصحهما: عند الأصحاب: أنه يحل.

والثانى: لا يحل.

وأما إذا كد الجارحة الصيد حتى أتعبه فوقع ميتا من التعب فلا يحل قولا واحدا؛ لأنه مات من غير[٢] فعل فأشبه المتردية. والله أعلم.

فرع: تستحب التسمية عند إرسال الجارحة أو إرسال السهم على الصيد استحبابا متأكدا كما ذكرنا فى الذكاة، فإن ترك التسمية عمدا أو سهوا حل الصيد بلا خلاف عندنا، وسبقت المسألة بفروعها وأدلتها ومذاهب العلماء فيها فى باب الأضحية.

فرع: فى مذاهب العلماء فى صيد الكتابى.

مذهبنا: أنه يحل صيد الكتابى كما تحل ذبيحته، فإذا أرسل جارحة معلما أو سهما فقتل صيدا حل، وبه قال عطاء وأبو حنيفة والليث والأوزاعى وأحمد وابن المنذر وداود وجمهور العلماء.

وقال مالك: لا يحل صيده وتحل ذبيحته، وهذا ضعيف.

فرع: فى صيد المجوسى بكلبه المعلم وسهمه.

مذهبنا: أنه حرام.

قال ابن المنذر: وبه قال جمهور العلماء، منهم عطاء وسعيد بن جبير والنخعى ومالك والليث والثورى وأبو حنيفة وأحمد وإسحاق وغيرهم.

قال ابن المنذر: وقال أبو ثور: فيهم قولان:

أحدهما: كقول الجمهور.

والثانى: تحل ذبائحهم ولهم كتاب.

فرع: فى مذاهبهم فى الكلب المعلم يسترسل من غير إرسال فيقتل الصيد.

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه حرام، سواء كان صاحبه خرج به للاصطياد أم لا، وبه قال ربيعة ومالك وأبو حنيفة وأبو ثور وابن المنذر.

---

(١) فى أ: يمتنع.
(٢) فى أ: بغير.

قال العبدرى: هو قول الفقهاء كافة قال: وقال الأصم: يحل.

قال ابن المنذر: وقال عطاء والأوزاعى: يؤكل إن كان إخراجه[١] للصيد، والله أعلم.

فرع: فى مذاهبهم فيما إذا أرسل مسلم كلبه المعلم على صيد فرده عليه كلب أرسله مجوسى فقتله كلب المسلم، فمذهبنا أنه حلال، وبه قال مالك[٢] وأحمد[٣] وداود.

وقال أبو حنيفة[٤]: حرام لاشتراكهما.

دليلنا: أن نفس القتل لا شركة فيه، بل هو مضاف إلى كلب المسلم فأشبه ما إذا أمسك المجوسى حيوانا فذبحه مسلم، أو رمى المسلم سهما ورمى المجوسى سهما فرده سهم المجوسى ولم يصبه، وأصابه سهم المسلم فقتله فإنه يحل بالاتفاق.

فرع: فى مذاهبهم فيما إذا استرسل الكلب بنفسه فأغراه صاحبه فزاد فى عدوه.

قد ذكرنا أن الصحيح عندنا: أنه لا يحل ما قتله.

قال أبو حنيفة وأحمد[٥]: يحل.

---

(١) فى أ: أخرجه.

(٢) قال رحمه الله تعالى (ومشاركة كلب مجوسى أو غير معلم) يعنى من جملة المسائل التى لا يؤكل فيها الصيد إلا بذكاة المشاركة المذكورة إذا لم يتحقق قاتل الصيد وإلا فلا إشكال فى أكله أو عدم أكله، ولذا قال رحمه الله تعالى (فإن تيقن انفراد كلبه بقتله حل وإلا فلا) وفى القوانين: من شروط الصائد ألا يشاركه فى العقر ما ليس عقره ذكاة كغير المعلم فإن تيقن أن المعلم هو المنفرد بالعقر أكل وإن تيقن خلاف ذلك أو شك لم يؤكل، وإن غلب على ظنه أنه القاتل ففيه خلاف، وإن أدركه غير منفوذ المقاتل فذكاه أكل مطلقا ا.هـ. قال المواق نقلا عن اللخمى: وأما إن لم يتحقق المبيح فى شركة كلب مجوسى كما إذا أرسل مسلم ومجوسى كلبيهما على صيد فتعاونا أو لم يتعاونا فلم يدر أيهما سبق إليه فقتله فإنه لا يؤكل، وإن علم أن كلب المسلم قتله ولم يمسكه كلب الجوسى أكل، وإن كان بعد إمساكه لم يؤكل، وإن صاد المسلم بكلب المجوسى أكل، وإن صاد المجوسى بكلب المسلم لم يؤكل وذلك عند مالك بمنزلة ما لو ذبح أحدهما بسكين الآخر ا.هـ.

(٣) قال فى الإنصاف (١٠/٤١٨): قوله (فإن رمى مسلم ومجوسي صيدا، أو أرسلا عليه جارحا، أو شارك كلب المجوسي كلب المسلم في قتله : لم يحل) بلا نزاع

(٤) قال في المبسوط (٤/١٨٩): لو أن مسلما أرسل كلبه على صيد فزجره مجوسي فانزجر حتى أخذ الصيد حل تناوله، وأصل الإرسال هنا لم يكن جناية فوجود الزجر بعد ذلك كعدمه.

(٥) قال فى الإنصاف (١٠/ ٤٣٤): قوله (فإن استرسل الكلب، أو غيره بنفسه : لم يبح صيده، =

وعن أبى حنيفة روايتان كالمذهبين.

فرع: إذا قتل الكلب الصيد بثقله من غير جرح، فهو حلال عندنا على الأصح كما سبق.

وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد والمزنى[(١)]: حرام.

فرع: فى مذاهبهم فيما إذا أرسل كلبه المعلم على صيد فوجد معه كلبا آخر والصيد قتيل، ولا يعلم القاتل، أو علم أنهما اشتركا فى قتله - فمذهبنا ومذهب الجمهور: أنه حرام، وممن قال به: عطاء والقاسم بن مخيمرة ومالك وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور، وحكى ابن المنذر عن الأوزاعى أنهما إذا اشتركا فى قتله وكان الآخر معلما حل.

دليلنا الحديث المذكور فى الكتاب.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن قتل الكلب الصيد أو أكل منه ففيه قولان:

أحدهما: يحل؛ لما روى أبو ثعلبة قال: قال رسول الله ﷺ: «إِذَا أَرْسَلْتَ كَلْبَكَ وَذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ تَعَالَى فَكُلْ [مَا أمسكَ عَلَيْكَ][(٢)] وَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ».

والثانى: لَا يَحِلُّ؛ لِمَا رَوَى عَدِى بْنُ حَاتِمٍ أَنَّ النَّبِى ﷺ قَالَ: «إِذْ أَرْسَلْتَ كِلَابَكَ الْمُعَلَّمَةَ وَذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ فَكُلْ مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكَ وَإِنْ قَتَلْنَ، إِلَّا أَنْ يَأْكُلَ الْكَلْبُ مِنْهُ فَلَا تَأْكُلْ؛ فَإِنِّى أَخَافُ أَنْ يَكُونَ إِنَّمَا أَمْسَكَ عَلَى نَفْسِهِ».

وإن شرب من دمه لم يحرم قولا واحدا؛ لأن الدم لا منفعة له فيه ولا يمنع الكلب منه فلم يحرم.

وإن كانت الجارحة من الطير فأكل من الصيد فهو كالكلب وفيه قولان.

وقال المزنى: أكل الطير لا يحرم وأكل الكلب يحرم؛ لأن الطير لا يضرب على

= وإن زجره) . هذا المذهب، رواية واحدة، عند أكثر الأصحاب، وجزم به في الوجيز، وغيره، وقدمه في الفروع، وغيره . وقال ابن عقيل : إن استرسل بنفسه، فزجره : فروايتان . وقال في الروضة : إذا استرسل الطائر بنفسه، فصاد وقتل : حل أكله منه أو لا ، بخلاف الكلب . قوله (إلا أن يزيد في عدوه بزجره : فيحل) . هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

(١) (فإن قتله بثقلة، لم يبح) لأنه وقيذ، فيدخل فى عموم الآية، وسواء أكان بشبكة، أو فخ، أو بندقة، ولو شدخته، نقله الميمونى. ينظر المبدع (٩/ ٢٣٦).

(٢) سقط فى ط.

الأكل والكلب يضرب، وهذا لا يصح؛ لأنه يمكن أن يعلم الطير ترك الأكل كما يعلم الكلب وإن اختلفا فى الضرب.

الشرح: حديث أبى ثعلبة(١) رواه أبو داود، وإسناده حسن.

وحديث عدى بن حاتم رواه البخارى ومسلم من طرق.

وروى أبو داود فى سننه بإسناد حسن عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: «أَنَّ أَعْرَابِيًّا يُقَالُ لَهُ أَبُو ثَعْلَبَةَ قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ لِى كِلَابًا مُكَلَّبَةً فَأَفْتِنِى فِى صَيْدِهَا، قَالَ: فَكُلْ مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكَ، قَالَ: وَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ؟ قَالَ: وَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ»(٢) قال البيهقى: حديث أبى ثعلبة مخرج فى الصحيحين من غير ذكر الأكل، وحديث عدى فى النهى عنه إذا أكل أصح من رواية أبى داود فى الأكل وأصح من حديث عمرو بن شعيب.

أما الأحكام: فقال أصحابنا: إذا ثبت كون الكلب أو غيره من جوارح السباع معلما ثم أكل من صيد قبل قتله أو بعده فى موضعه، ففى حل ذلك الصيد قولان

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٧١ - ٢٧٢) كتاب: الصيد، باب: فى الصيد، حديث (٢٨٥٢)، والبيهقى (٩/ ٢٣٧، ٢٣٨) كتاب: الصيد والذبائح، باب: المعلم يأكل من الصيد الذى قد قتل، من رواية داود بن عمرو الدمشقى عن بسر بن عبيد الله عن أبى إدريس الخولانى عن أبى ثعلبة به.

وقال البيهقى: حديث أبى ثعلبة مخرج فى الصحيحين من حديث ربيعة بن يزيد الدمشقى عن أبى إدريس الخولانى عن أبى ثعلبة وليس فيه ذكر الأكل، وحديث الشعبى عن عدى أصح من حديث داود بن عمرو الدمشقى، ومن حديث عمرو بن شعيب.

وقال الذهبى فى ميزان الاعتدال (٢/ ١٧ - ١٨): تفرد بحديث «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل وإن أكل منه»، وهو حديث منكر.

وقال ابن حزم فى المحلى (٧/ ٤٧١): وهو حديث ساقط لا يصح وداود بن عمرو ضعيف ضعفه أحمد بن حنبل، وقد ذكر بالكذب.

وحديث عمرو بن شعيب الذى أشار إليه البيهقى أخرجه أبو داود (٣/ ٢٧٥) كتاب: الصيد، باب: فى الصيد، حديث (٢٨٥٧) والبيهقى (٩/ ٢٣٧، ٢٣٨) كتاب: الصيد والذبائح، باب: المعلم يأكل من الصيد الذى قد قتل. من طريق حبيب المعلم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: إن أعرابيا يقال له أبو ثعلبة قال يا رسول الله إن لى كلابا مكلبة فأفتنى فى صيدها فقال النبى ﷺ: «إذا كان لك كلاب مكلبة فكل مما أمسكن عليك» قال: ذكى وغير ذكى قال: وإن أكل منه؟ قال: «وإن أكل منه».

قال الحافظ فى التلخيص (٢/ ١٣٦) وأعله البيهقى.

(٢) تقدم.

مشهوران، ذكرهما المصنف بدليلهما.

أصحهما: عند الأصحاب تحريمه.

والثانى: إباحته.

قال إمام الحرمين: وددت لو فرق فارق بين أن ينكف زمانا ثم يأكل وبين أن يأكل بنفس الأخذ قال: لكن لم يتعرضوا له.

هذا كلام الأصحاب وهذا الذى تمناه الإمام قد ذكره الأصحاب، وهو مشهور، صرح به جماعة[١] من الأصحاب.

قال صاحب البيان: إذا أكل من الصيد نظرت:

فإن قتله ثم مضى عن الصيد، ثم رجع إليه، فأكل منه، لم يحرم قولا واحدا، وإن أكل منه عقب قتله، ففيه قولان.

هذا لفظه، وقال صاحب الشامل: إذا أكل منه عقب القتل ففيه قولان:

وقال الجرجانى فى التحرير: إن أكل الكلب من الصيد غير متصل بالعقر حل، وإن أكله متصلا بالعقر فعلى قولين.

وقال الدارمى: إن أكل منه فقولان سواء أكل قبل قتله أو بعده.

قال: وقيل: بعد القتل يحل قولاً واحدا قال: فإن تركه ثم أكل منه بعد وقت حل، وقيل: إن أكل منه فى الحياة لم يحل قولا واحدا، وإن أكل بعد قتله فقولان.

هذا كلام الدارمى، وهذا الذى قالوه كله متفق فى المعنى، وحاصله أن القولين مخصوصان بما أكل منه عقب العقر، فإن أكل منه بعد طول الفصل فهو حلال بلا خلاف سواء أكل من غير مفارقة موضعه أم بعد مفارقته ورجوعه، والله تعالى أعلم.

واعلم أن هذين القولين مشهوران كما ذكرنا:

قال أصحابنا: نص فى القديم على الإباحة، وتردد قوله فى الجديد.

وقال الشيخ أبو حامد وجماعة: نص فى القديم على الإباحة وفى الجديد على التحريم جزما، والصحيح الذى قاله المحققون، ويجمع به بين كلام الجميع أنه نص فى القديم على الإباحة، وردد قوله فى الجديد ثم مال فيه إلى التحريم، وقوله: فأفتى به،. فحصل قولان، ولا فرق بين أكله قبل القتل أو عقبه، هكذا صرح به

(١) فى أ: جماعات.

الجمهور، وذكرنا عن الدارمى طريقين آخرين كما سبق فحصل ثلاث طرق:

المذهب: طرد قولين مطلقا.

والثانى: إن أكل قبل القتل حرم، وإن أكل بعده فقولان.

والثالث: إن أكل بعد القتل حل، وإن أكل قبله فقولان، ثم الصحيح من القولين عند جماهير الأصحاب التحريم، هكذا صرح بتصحيحهما المحاملى والقاضى أبو الطيب والبغوى والرافعى وخلائق لا يحصون، ونقل القاضى أبو الطيب فى المجرد عن أصحابنا أجمعين أنهم صححوه وقطع به سليم الرازى وآخرون من أصحاب المختصرات، وشذ عنهم الجرجانى في التحرير فقال: الأصح أنه حلال.

والصواب: تصحيح التحريم، والله تعالى أعلم.

واحتج من قال بالإباحة بحديث أبى ثعلبة، وأجاب عن حديث عدى بأنه محمول على كراهة التنزيه، واحتج من قال بالتحريم بقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤] فإذا أكل منه لم يتيقن أنه أمسك علينا، ولم يحل لنا إلا ما تيقنا أنه أمسك علينا بحديث عدى قالوا: وهو أصح؛ لأنه مشهور فى الصحيحين وغيرهما من طرق متكاثرات، وحديث أبى ثعلبة لا يقارنه فى الصحة، وإن كان حسنا، وتأوله بعض أصحابنا على ما إذا قتل الصيد وفارقه، ثم عاد فأكل منه فهذا لا يضر كما ذكرنا، وتأوله الخطابى فى معالم السنن على أن المراد: وإن أكل من الصيود الماضية قبل هذا، يعنى إذا كان قد صار بعد ذلك معلما، وهذا تأويل ضعيف، والله أعلم.

هذا كله فى جوارح السباع، كالكلب والفهد والنمر وغيرها.

فأما جوارح الطير فقد نص الشافعى - رحمه الله - أنها كالسباع على القولين.

وللأصحاب طريقان:

أصحهما - وبه قطع جمهورهم - : أنها على القولين كالسباع، وهذا موافق للنص.

والثانى: يحل ما أكلت منه قولا واحدا، قاله المزنى وأبو على الطبرى فى الإفصاح وآخرون، وحكاه جماعات من المصنفين.

قال القاضى أبو الطيب: هذا الطريق غلط مخالف لنص الشافعى، وقد ذكر المصنف دليل الطريقين فى الكتاب، والله سبحانه أعلم.

فرع: قال أصحابنا: وإذا قلنا بتحريم الصيد الذى أكل، واشترط استئناف التعليم لفساد التعليم الأول.

قال أصحابنا: ولا ينعطف التحريم على ما اصطاده قبل الأكل.

وهذا لا خلاف فيه عندنا، واتفق أصحابنا على التصريح بأنه لا خلاف فيه عندنا.

قال أصحابنا الخراسانيون: ولو تكرر أكله من الصيود بعد ذلك وصار الأكل عادة له، حرم الصيد الذى أكل منه آخرا، بلا خلاف، وفى تحريم باقى الصيود الذى أكله[١] منه قبل الأخير وجهان مشهوران عندهم.

أصحهما: التحريم.

قال البغوى: إذا قلنا: لا يحرم ما أكل منه، فلو تكرر ذلك منه بأن أكل من الصيد الثانى حرم الثانى، قطعا، وفى الأول الوجهان، ولو لم يأكل من الثانى فأكل من الثالث حرم الثالث، وفيما قبله الوجهان.

قال الرافعى: وهذا ذهاب من البغوى إلى أن الأكل مرتين يخرجه عن كونه معلما، وقد ذكرنا خلافا فى تكرر الصفات التى يصير بها معلما.

قال: ويجوز أن يفرق بينهما بأن أثر التعليم فى الحل وأثر الأكل فى التحريم، فعملنا[٢] بالاحتياط فيهما، فلهذا لو عرفنا كونه معلما لم ينعطف الحل على ما سبق من صيوده بلا خلاف، وفى انعطاف التحريم الخلاف المذكور. والله أعلم.

فرع: لو لعق الكلب دم الصيد ولم يأكل من لحمه شيئا حل لحمه، هذا هو الصواب، نص عليه الشافعى، وقطع به الأصحاب فى جميع الطرق، وشذ إمام الحرمين والغزالى فى البسيط[٣] فحكيا وجها فى تحريمه وهو غلط، ولو أكل كلب حشوة الصيد فطريقان حكاهما البغوى وغيره.

أصحهما: على قولين؛ كاللحم.

والثانى: القطع بالحل؛ لأنها غير مقصودة فأشبهت الدم.

فرع: قال الرافعى: لو لم يسترسل الكلب عند الإرسال أو لم ينزجر عند الزجر، فينبغى أن يكون فى تحريم الصيد وخروجه عن كونه معلما الخلاف المذكور فيما إذا

---

(١) فى أ: أكل.
(٢) فى أ: فعلمنا.
(٣) فى أ: الوسيط.

أكل.

فرع: قال القفال: لو أراد الصائد أن يأخذ الصيد من الكلب فامتنع وصار يقاتل دونه، فهو كالأكل، والله أعلم.

فرع: فى مذاهب العلماء فى الصيد الذى تقتله الجارحة من السباع، كالكلب والفهد والنمر ويأكل منه.

قد ذكرنا أن الأصح فى مذهبنا تحريمه، وبه قال أكثر العلماء، حكاه ابن المنذر عن ابن عباس وأبى هريرة وعطاء وسعيد بن جبير والشعبى والنخعى وعكرمة وقتادة والشافعى وأبى حنيفة وأصحابه وأحمد وإسحاق وأبى ثور.

قال: وبه أقول، وهو مذهب الحسن البصرى وداود.

وقالت طائفة بإباحته، حكاه ابن المنذر عن سعد بن أبى وقاص وسلمان الفارسى وابن عمر ومالك.

وأما إذا أكلت منه جارحة الطير كالصقور، فالأصح عندنا تحريمه كما سبق، ولا أعلم أحدا وافقنا عليه، بل جماهير العلماء على إباحته، حكاه ابن المنذر عن ابن عباس والنخعى وحماد بن أبى سليمان والثورى وأبى حنيفة وأصحابه وهو مذهب الشافعى(١) ومالك وأحمد والمزنى وغيرهم، والله أعلم.

وأما الصيود الماضية قبل الأكل فلا تحرم عندنا بلا خلاف كما سبق، وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف ومحمد وداود والجمهور.

وقال أبو حنيفة: يحرم جميع ما صاده قبل ذلك، وادعى أنه تبين عدم تعليمه.

وأما إذا شرب الكلب من دم الصيد فلا يحرم عندنا، وبه قال العلماء كافة إلا ما حكاه ابن المنذر عن الشعبى والثورى أنهما كرها أكله، وليس بشىء.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: إذا أدخل الكلب نابه أو ظفره فى الصيد نجس، وهل يجب غسله؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجب غسله سبعا إحداهن بالتراب؛ قياسا على الصيد.

والثانى: لا يجب؛ لأنا لو أوجبنا ذلك ألزمناه أن يغسل جميعه؛ لأن الناب إذا لاقى جزءا من الدم نجس ذلك الجزء ونجس كل ما لاقاه إلى أن ينجس جميع بدنه،

---

(١) فى أ: الشعبى.

وغسل جميعه يشق فسقط؛ كدم البراغيث.

الشرح: قوله: إذا أدخل الكلب ظفره أو نابه فى الصيد نجس، يعنى: الموضع الذى أدخل فيه لأكل الصيد.

واعلم أن الشافعى - رحمه الله - قال: إذا أدخل ظفره أو نابه نجس، واقتصر على هذا، ولم يذكر الغسل فمن الأصحاب من قال: أراد به نجس لا يجب غسله للمشقة، بل يعفى عنه، ولهذا لم يذكر الغسل.

ومنهم: من قال: أراد به «نجس» يجب غسله، فذكر النجاسة واستغنى بذلك عن ذكر الغسل؛ لأنه متى ثبتت النجاسة وجب الغسل، فحذف ذكره للعلم به.

وللأصحاب فى المسألة ثلاث طرق:

أحدها: أن موضع الظفر والناب نجس قطعا، وفى وجوب غسله وتعفيره خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى، وهذه طريقة المصنف وجمهور الأصحاب من العراقيين والخراسانيين، وهو المنصوص.

والطريق الثانى: حكاه صاحب الإبانة وآخرون، فى نجاسته قولان:

أحدهما: نجس، وفى وجوب الغسل والتعفير الخلاف.

والثانى: أنه طاهر؛ لقول الله تعالى: ﴿فَكُلُواْ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤] ولم يأمر بغسله مع أنه لا ينفك عنه غالبا أو دائما؛ ولهذا لم يذكره النبى ﷺ مع [ذكره للأحاديث][(١)] الواردة فيه، مع تكرار سؤاله ﷺ عن ذلك.

والطريق الثالث: إن أصاب الكلب غير العروق فحكمه ما ذكرنا، وإن أصاب عرقا نضاحا بالدم سرى حكم النجاسة إلى جميع الصيد وحرم أكله، حكاه إمام الحرمين.

قال: وهذا غلط؛ لأن النجاسة إذا اتصلت بالدم فالعرق وعاء حاجز بينه وبين اللحم، ثم الدم إذا كان يفور امتنع غوص النجاسة فيه، كالماء المتصعد من فوارة إذا وقعت نجاسة فى أعلاه لم ينجس ما تحته إذا قلنا بالمذهب إنه نجس، ولا يحرم أكله، ففيه أربعة أوجه:

أصحها عند الأصحاب - وهو ظاهر نص الشافعى - : أنه نجس يجب غسله

(١) فى أ: كثرة الأحاديث.

سبع مرات إحداهن بالتراب، ويطهر حينئذ ويؤكل، وإنما يجب غسل موضع الظفر والناب وغيرهما مما مسه الكلب دون ما لم يمسه مع الرفق به.

والوجه الثاني: أنه يعفى عنه فلا يجب غسله أصلا، مع أنه نجس، ويحل أكله وقد ذكر المصنف هذين الوجهين وهما مشهوران.

والثالث: أنه يجب غسله مرة واحدة بالماء من غير تراب؛ لأن ما زاد على ذلك فيه مشقة وحرج، حكاه صاحبا الفروع والبيان.

والرابع: أنه لا يطهر بالغسل، بل يجب تقوير ذلك الموضع وطرحه؛ لأنه تشرب لعابه فلا يتخلله الماء، وهذا الوجه مشهور فى كتب الخراسانيين.

ولم يذكره العراقيون، بل صرحوا بأنه لا يشترط هذا بلا خلاف كما أشار إليه المصنف، وكيف كان فهو وجه باطل لا أصل له فى الأحاديث ولا فى القياس.

قال إمام الحرمين: والقائل بهذا الوجه يطرد ما ذكره فى كل لحم وما فى معناه إذا عضه الكلب، بخلاف ما يناله لعابه بغير عض.

هذا مختصر متفرقات كلام الأصحاب فى المسألة، فإذا أردت ضبطه مختصرا، قلت: فيه ستة أوجه:

أصحها: يجب غسله سبعا إحداهن بالتراب.

والثاني: يجب غسله مرة.

والثالث: أنه نجس يعفى عنه، لا يجب غسله.

والرابع: أنه طاهر.

والخامس: يجب قطع ذلك الموضع ولا يطهر بالغسل.

والسادس: إن أصاب عرقا نضاحا بالدم حرم جميعه ولا طريق إلى أكله، والله أعلم.

فرع: قد ذكرنا أن المشهور من مذهبنا أنه يجب غسل موضع ظفر الكلب ونابه سبع مرات إحداهن بالتراب.

فرع: لو غصب عبدا فاصطاد فالصيد لمالكه، ولو غصب شبكة أو قوسا واصطاد به فالصيد للغاصب، وعليه أجرة مثلهما، ولو غصب كلبا أو صقرا أو غيرهما من الجوارح ففى صيده وجهان:

أصحهما: للغاصب.

والثانى: لصاحب الجارحة.

فإن قلنا: للغاصب، فعليه أجرته إن كان مما تجوز إجارته.

وإن قلنا: لصاحبه، فعلى الغاصب ما نقص من الأجرة، وهكذا حكم العبد، والله أعلم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: ويجوز الصيد بالرمى؛ لما روى: «أَبُو ثَعْلَبَةَ الْخُشَنِى قَالَ قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّا نَكُونُ فِى أَرْضِ صَيْدٍ فَيُصِيبُ أَحَدُنَا بِقَوْسِهِ الصَّيْدَ وَيَبْعَثُ كَلْبَهُ الْمُعَلَّمَ فَمِنْهُ مَا نُدْرِكُ ذَكَاتَهُ وَمِنْهُ مَا لَا نُدْرِكُ ذَكَاتَهُ فَقَالَ ﷺ: مَا رَدَّتْ عَلَيْكَ قَوْسُكَ فَكُلْ وَمَا أَمْسَكَ كَلْبُكَ الْمُعَلَّمُ فَكُلْ»، وإن رماه بمحدد كالسيف والنشاب والمروة المحددة وأصابه بحده فقتله حل، وإن رمى بما لا حد له كالبندق والدبوس أو بما له حد فأصابه بغير حده فقتله، لم يحل؛ لما روى عدى بن حاتم قال: «سَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ صَيْدِ الْمِعْرَاضِ قَالَ: إِذَا أَصَبْت بِحَدِّهِ فَكُلْ وَإِذَا أَصَبْت بِعَرْضِهِ فَلَا تَأْكُلْ فَإِنَّهُ وَقِيذٌ».

وإن رماه بسهم لا يبلغ الصيد وأعانه[1] الريح حتى بلغه فقتله حل أكله؛ لأنه لا يمكن حفظ الرمى من الريح فعفى عنه، وإن رمى[2] بسهم فأصاب الأرض، ثم ازدلف فأصاب الصيد فقتله ففيه وجهان بناء على القولين فيمن رمى إلى الغرض فى المسابقة فوقع السهم دون الغرض ثم ازدلف وبلغ الغرض.

وإن رمى طائرا فوقع على الأرض فمات حل أكله؛ لأنه لا يمكن حفظه من الوقوع على الأرض، وإن وقع فى ماء فمات أو على حائط أو جبل فتردى منه ومات لم يحل؛ لما روى عدى بن حاتم أن رسول الله ﷺ قال: «إِذَا رَمَيْتَ بِسَهْمِكَ فَاذْكُر اسْمَ اللَّهِ فَإِنْ وَجَدْتَهُ مَيِّتًا فَكُلْ إِلَّا أَنْ تَجِدَهُ قَدْ وَقَعَ فِى الْمَاءِ فَمَاتَ فَإِنَّكَ لَا تَدْرِى الْمَاءُ قَتَلَهُ أَوْ سَهْمُكَ؟».

الشرح: حديث أبى ثعلبة [3] رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم بمعناه قال: «قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّا بِأَرْضِ صَيْدٍ أَصِيدُ بِقَوْسِى، أَوْ بِكَلْبِى الَّذِى لَيْسَ بِمُعَلَّمٍ، وَبِكَلْبِى الْمُعَلَّمِ، فَمَا يَصْلُحُ لِى؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: مَا صِدْتَ بِقَوْسِكَ فَذَكَرْتَ

---

(١) فى أ : فأعانته.

(٢) فى أ: رماه.

(٣) تقدم.

اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ فَكُلْ، وَمَا صِدْتَ بِكَلْبِكَ الْمُعَلَّمِ فَذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ فَكُلْ وَمَا صِدْتَ بِكَلْبِكَ غَيْرِ الْمُعَلَّمِ فَأَدْرَكْتَ ذَكَاتَهُ فَكُلْ».

وأما حديث[1] عدى بن حاتم الأول فرواه البخارى ومسلم.

وحديثه الثانى رواه مسلم، وقوله: المروة المحددة هى بفتح الميم وهى الحجر، والمعراض بكسر الميم وإسكان العين المهملة وهو سهم لا ريش له ولا نصل، وقيل: هو حديدة، وقيل: هو خشبة محددة الطرف، والوقيذ - بالقاف والذال المعجمة - الموقوذ، وهو المضروب بالعصا حتى يموت وقوله: «كالبندق والدبوس» هى بفتح الدال جمعه دبابيس، وهو معروف.

وأنشد فيه الجوهرى وقال: أظنه معربا.

وقوله ﷺ: «وَإِنْ أَصَبْتَ بِعَرْضِهِ فَلَا تَأْكُلْ» هو بفتح العين أى العرض الذى هو خلاف الطول.

أما الأحكام ففيها مسائل:

إحداها: يجوز الصيد بالرمى بالسهام المحددة بالإجماع والأحاديث الصحيحة، فإذا رمى الصيد من هو أهل من مسلم أو كتابى فقتله: فإن قتله بحد ما رماه، كالسهم الذى له نصل محدد، والسيف والسكين والسنان والحجر المحددة والخشبة المحددة وغير ذلك من المحددات سوى العظم والظفر حل أكله.

فإن أصابه بما لا حد له فقتله كالبندقة والدبوس، وحجر لا حد له، وخشبة لا حد لها، أو رماه بمحدود فقتله بعرضه لا بحده لم يحل. لما ذكر المصنف، وكذا لو أصابه بحد عظم أو ظفر - لم يحل؛ لأنه ليس من آلة الذكاة فهو كغير المحدد.

قال أصحابنا: وإذا قتله بما لا حد له، لم يحل. سواء جرحه به أم لا.

حتى لو رمى طائرا ببندقة فقطعت حلقومه ومريئه لم يحل؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمَوْقُوذَةُ﴾ [المائدة: ٣] وهذه منها..

قال أصحابنا: فإذا رماه بغير محدد أو بمحدد، فأصابه بعرضه، فإن أدركه وفيه حياة مستقرة فذكاه، حل، وإن أدركه ميتا أو وفيه حياة غير مستقرة لم يحل. والله أعلم.

---

(١) تقدم.

فرع: لو أرسل كلبا فى عنقه قلادة محددة فجرح الصيد بها حل؛ كما لو أرسل سهما. هكذا ذكره البغوى.

قال الرافعى: وقد يفرق بأنه قصد بالسهم الصيد ولم يقصده بالقلادة، والله أعلم.

قلت: الصواب: ما ذكره البغوى؛ لأن القصد لا يشترط فى الذبح.

فرع: لو رشق[١] فى الحيوان بالعصا[٢] ونحوه:

قال[٣] الروياني: إنه إن كان محددا يمور مور السهم حل، وإن كان لا يمور إلا مستكرها، نظر: إن كان العود خفيفا قريبا من السهم حل، وإن كان ثقيلا لم يحل.

المسألة الثانية: لو رمى الصيد بسهم لا يبلغه فأعانته الريح فبلغه بإعانتها ولولاها لم يبلغه فقتله حل؛ لما ذكره المصنف، هكذا قطع به الأصحاب فى جميع الطرق، وكذا نقله الرافعى عن جميع الأصحاب وأبدى إمام الحرمين فيه ترددا، والمذهب الحل.

الثالثة: إذا أصاب السهم الأرض أو الحائط ثم ازدلف وأصاب الصيد، أو أصاب حجرا فنبا عنه وأصاب الصيد، أو نفذ فيه إلى الصيد، أو كان الرامى فى نزع القوس فانقطع الوتر وصدم إلى فوق، وارتمى السهم وأصاب الصيد - ففى حله فى جميع هذه الصور وجهان، بناء على القولين اللذين ذكرهما المصنف فى المسألة السابقة:

أصحهما: الحل.

الرابعة: قال أصحابنا إذا مات الصيد بسببين محرم ومبيح بأن مات من سهم وبندقية أصاباه من رام أو راميين، أو أصابه طرف النصل فجرحه ثم أثر فيه عرض السهم فى مروره ومات منهما، أو رمى إلى صيد سهما فوقع على طرف سطح ثم سقط منه، أو على جبل فتدهور منه، أو فى ماء أو على شجرة فتصدم بأغصانها، أو وقع على محدد من سكين وغيره - فهو حرام فى كل هذه الصور بلا خلاف؛ لما ذكره المصنف.

ولو جرحه على جبل فتدحرج منه من جنب إلى جنب ومات حل بلا خلاف، ولا

---

(١) فى أ: حنق.
(٢) فى أ: العصا.
(٣) فى أ: حكى.

يضر ذلك التدحرج؛ لأنه لا يؤثر فى التلف بخلاف التدهور.

ولو أصاب السهم الطائر فى الهواء فوقع على الأرض ومات حل بلا خلاف، سواء مات قبل وصوله الأرض أو بعده؛ لأنه لا بد من الوقوع، فعفى عنه؛ كما لو كان الصيد قائما ووقع على جنبه وانصدم بالأرض فمات فإنه يحل، ولو زحف قليلا بعد إصابة السهم ومات؛ فهو كالوقوع على الأرض فيحل قطعا.

ولو لم يجرحه السهم فى الهواء، بل كسر جناحه فوقع ومات فهو حرام بلا خلاف؛ لأنه لم يصبه بجرح يحال الهلاك عليه، ولو جرحه جرحا لا يؤثر مثله، لكن عطل جناحه فوقع ومات فهو حرام، ولو جرحه السهم فى الهواء جرحا ثقيلا فوقع فى بئر ومات، نظر: إن كان فيها ماء فهو حرام كما سبق وإلا فهو حلال.

وقعر البئر كالأرض، والمراد إذا لم يصدمه جدار البئر، ولو كان الطائر على شجرة فأصابه السهم فوقع على الأرض فمات فهو حلال، وإن وقع على غصن ثم سقط على(١) الأرض فهو حلال(٢).

قال أصحابنا: وليس الانصدام بالأغصان أو بأحرف الجبل عند التدهور من أعلاه، كالانصدام بالأرض؛ لأن الانصدام بالأغصان والأحرف والتدهور ليس بلازم ولا غالب فلا تدعو الحاجة إليه فلم يعف عنه، والانصدام بالأرض لازم لا بد منه فعفى عنه، ولإمام الحرمين احتمال فى الصورتين لكثرة وقوع الطير على البحر(٣) والانصدام بطرف الجبل إذا كان الصيد فيه، والمذهب الأول. والله أعلم.

أما إذا رمى طيرا: فإن كان على وجه الماء فأصابه ومات حل ويكون الماء له كالأرض لغيره، وإن كان خارج الماء ووقع فى الماء بعد إصابة السهم ففى حله وجهان، حكاهما صاحب الحاوى وغيره.

وقطع البغوى بالتحريم، وفى شرح مختصر الجوينى بالحل.

فلو كان الطائر فى هواء البحر: قال البغوى: إن كان الرامى فى البر لم يحل. وإن كان فى السفينة فى البحر حل.

فرع: جميع ما ذكرناه هو فيما إذا لم ينته الصيد بتلك الجراحة إلى حركة

---

(١) فى أ: إلى.
(٢) فى أ: حرام.
(٣) فى أ: الشجر.

المذبوح، فإن انتهى إليها بقطع الحلقوم والمرىء أو أصاب كبده، أو أخرج حشوته، أو غير ذلك؛ فهو حلال، وقد تجب[١] ذكاته ولا أثر لما يعرض بعد ذلك من وقوعه فى الماء وتدهوره من الجبل، وعلى أغصان الشجرة وجدران البئر وغير ذلك مما سبق، والله تعالى أعلم.

فرع: لو أرسل سهمين على صيد فقتلاه: فإن أصاباه معا فهو حلال.

وإن أصابه أحدهما بعد الآخر بطرف: فإن أزمنه الأول ولم تصب الثانى المذبح، لم يحل، وإن أصاب المذبح حل، فإن لم يرمه الأول وقتله الثانى حل.

وكذا لو أرسل كلبين فأزمنه الأول وقتله الثانى لم يحل. وسواء قطع المذبح أم لا.

ولو أرسل كلبا وسهما فإن أزمنه السهم ثم أصابه الكلب لم يحل. وإن أزمنه الكلب ثم أصاب السهم المذبح حل. والله أعلم.

فرع: فى مذاهب العلماء إذا رمى طائرا بسهم فأصابه فوقع على الأرض ميتا أو حيا ثم مات فى الحال فهو حلال عندنا، وبه قال أبو حنيفة وأحمد[٢] وأبو ثور.

وقال مالك: يحل فى الصورة الأولى دون الثانية، حكى ابن المنذر عنه رواية كمذهبنا، وهى رواية ابن وهب، واتفقوا هم وغيرهم على أنه إذا سقط الصيد فالمجروح جراحة غير مذففة فى الماء ومات لا يحل؛ للحديث الصحيح السابق.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن رمى صيدا أو أرسل عليه كلبا فعقره، ولم يقتله نظرت: فإن أدركه ولم يبق فيه حياة مستقرة، بأن شق جوفه وخرجت الحشوة[٣] أو أصاب العقر مقتلا فالمستحب أن يمر السكين على الحلق[٤] ليريحه، وإن لم يفعل حتى مات حل؛ لأن العقر قد ذبحه وإنما بقيت فيه حركة المذبوح.

---

(١) فى أ: تمت.

(٢) قال فى الإنصاف (١٠/ ٤٢٤): قوله (وإن رماه في الهواء، فوقع على الأرض فمات: حل). هذا المذهب، جزم به في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب والخلاصة، والهادي، والبلغة، والمحرر، والرعايتين، والحاويين، والوجيز، وغيرهم، وقدمه في المغني، والشرح، والفروع، وصححه في النظم. وعنه: لا يحل إلا إذا كان الجرح موحيا جزم به في الروضة.

(٣) فى أ: حشوته.

(٤) فى أ: حلقه.

وإن كانت فيه حياة مستقرة ولكن لم يبق من الزمان ما يتمكن فيه من ذبحه حل، وإن بقى من الزمان ما يتمكن فيه من ذبحه فلم يذبحه أو لم يكن معه ما يذبح به فمات، لم يحل؛ لما روى أبو ثعلبة الخشنى أن النبى ﷺ قال: «مَا رَدَّ عَلَيكَ كَلْبُكَ المُعَلَّمُ وَذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ عَلَيهِ وَأَدرَكْت ذَكَاتَهُ فَذَكِّهِ وَكُلْ، وَإِنْ لَمْ تُدرِكْ [ذَكَاتَهُ فَلَا تأكُلْ][1] وَإِنْ رَدَّ عَلَيكَ كَلْبٌ غَنَمَكَ فَذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ عَلَيهِ وَأَدرَكْت ذَكَاتَهُ فَذَكِّهِ وَإِنْ لَمْ تُدرِكْ ذَكَاتَهُ فَلَا تَأْكُلْ، وَمَا رَدَّتْ عَلَيكَ يَدُكَ وَذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ عليه وَأَدرَكْت ذَكَاتَهُ فَذَكِّهِ وَإِنْ لَمْ تُدرِكْ ذَكَاتَهُ فَكُلْهُ».

وإن عقره الكلب أو السهم وغاب عنه ثم وجده ميتا والعقر مما يجوز أن يموت منه ويجوز ألا يموت منه - فقد قال الشافعي - رحمه الله -: لا يحل إلا أن يكون خبر فلا رأى؛ فمن أصحابنا من قال: فيه قولان:

أحدهما: يحل؛ لما روى عدى بن حاتم قال: «قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّى أَرْمِى الصَّيدَ فَأَطْلُبُهُ فَلَا أَجِدُهُ إِلَّا بَعْدَ لَيلَةٍ قَالَ: إِذَا رَأَيتَ سَهْمَكَ فِيهِ وَلَمْ يَأْكُلْ مِنْهُ سَبُعٌ فَكُلْ».

ولأن الظاهر أنه مات منه؛ لأنه لم يعرف سبب سواه.

والثانى: أنه لا يحل؛ لما روى زياد بن أبى مريم قال: «جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِى ﷺ فَقَالَ: إِنِّى رَمَيتُ صَيدًا ثُمَّ تَغَيَّبَ فَوَجَدْتُهُ مَيِّتًا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: هَوَامُّ الْأَرْضِ كَثِيرَةٌ وَلَمْ يَأْمُرْهُ بِأَكْلِهِ».

ومنهم من قال: يؤكل قولا واحدا؛ لأنه قال: لا يؤكل إذ لم يكن خبر، وقد ثبت الخبر أنه أمر بأكله.

الشرح: حديث أبى ثعلبة رواه البخارى ومسلم[2] مختصرا، وسبق بيان لفظه قريبا، وحديث عدى رواه البخارى ومسلم[3] ولفظه: «فَإِنْ وَجَدْتَه بَعْدَ لَيلَةٍ أَوْ لَيلَتَينِ فَلَمْ تَجِدْ فِيهِ أَثَرًا غَيرَ أَثَرِ سَهْمِك فَشِئْت أَنْ تَأْكُلَ مِنْهُ فَكُلْ» هكذا رواه البخارى ومسلم من رواية عدى بن حاتم.

---

(١) فى أ: الزكاة فكل.

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

وعن أبى ثعلبة قال: قال رسول الله ﷺ: «إِذَا رَمَيْتَ سَهْمَكَ فَغَابَ ثَلَاثَ لَيَالٍ فَأَدْرَكْتَهُ فَكُلْ مَا لَمْ يُنْتِنْ» رواه مسلم(١).

قال أصحابنا: النهى عن أكله إذا أنتن للتنزيه لا للتحريم.

وأما حديث زياد بن أبى مريم(٢) فغريب، وزياد هذا تابعى والحديث مرسل.

وهو زياد بن أبى مريم القرشى الأموى مولى عثمان بن عفان رضى الله عنهما.

واعلم: أنه لم يثبت عن النبى ﷺ فى النهى عن أكل الصيد الذى جرحه ثم غاب عنه ولم يجد أثر سبب آخر شىء. وإنما جاء فيه أحاديث ضعيفة، وفيه أثر عن ابن عباس فيه نظر.

فمن الأحاديث حديث عطاء بن السائب عن عامر - يعنى: الشعبى - : «أَنَّ أَعْرَابِيًّا أَهْدَى لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ ظَبْيًا فَقَالَ: مِنْ أَيْنَ أَصَبْتَ هَذَا؟ فَقَالَ: رَمَيْتُ(٣) أَمْسِ فَطَلَبْته فَأَعْجَزَنِى حَتَّى أَدْرَكَنِى الْمَسَاءُ، فَرَجَعْتُ فَلَمَّا أَصْبَحْتُ اتَّبَعْتُ أَثَرَهُ فَوَجَدْتُهُ فِى غَارٍ أَوْ فِى أَحْجَارٍ، وَهَذَا مِشْقَصِى فِيهِ أَعْرِفُهُ.

قَالَ: بَاتَ عَنْكَ لَيْلَةً، وَلَا آمَنُ أَنْ تَكُونَ هَامَّةٌ أَعَانَتْك عَلَيْهِ لَا حَاجَةَ لِى فِيهِ»(٤) رواه أبو داود فى المراسيل فهو مرسل ضعيف، وعطاء بن السائب ضعيف.

وعن أبى رزين قال: «جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِى ﷺ بِصَيْدٍ فَقَالَ: إِنِّى رَمَيْتُهُ مِنَ اللَّيْلِ فَأَعْيَانِى، وَوَجَدْتُ سَهْمِى فِيهِ مِن الْغَدِ، وَقَدْ عَرَفْتُ سَهْمِى فَقَالَ: اللَّيْلُ خَلْقٌ مِنْ خَلْقِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ عَظِيمٌ، لَعَلَّهُ أَعَانَكَ عَلَيْهِ شَىء، انْبِذْهَا عَنْكَ»(٥) رواه أبو داود فى المراسيل.

قال البيهقى: أبو رزين هذا اسمه: مسعود مولى شقيق بن سلمة، وهو تابعى،

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه عبدالرزاق فى مصنفه (٤/ ٤٦٠) (٨٤٥٦)، وذكره الزيلعى فى نصب الراية (٤/ ٣١٥) فى كتاب الصيد باب فى الرمى.

(٣) فى أ: رميته.

(٤) أخرجه أبو داود فى مراسيله (٣٨٢)، وذكره الزيلعى فى نصب الراية (٤/ ٣١٥) فى كتاب الصيد باب فى الرمى.

(٥) أخرجه أبو داود فى مراسيله (٣٨٣)، وابن أبى شيبة فى مصنفه (٤/ ٢٤٢) (١٩٦٧٩)، وذكره الزيلعى فى نصب الراية (٤/ ٣١٤ - ٣١٥)، وقال: ذكره عبد الحق فى أحكامه، وأعله بالإرسال وأقره ابن القطان عليه.

والحديث مرسل، قاله البخارى.

وأما الأثر عن ابن عباس[(١)] فرواه البيهقى بإسناد فيه رجل مستور أو مجهول غير ميمون بن مهران، قال: «أتى أعرابى إلى ابن عباس وأنا عنده فقال: إنى أرمى الصيد فأصمى وأنمى، فكيف ترى؟ فقال ابن عباس: كل ما أصميت ودع ما أنميته».

قال الشافعى: ما أصميت: ما قتلته الكلاب وأنت تراه، وما أنميت: ما غاب عنك مقتله، والله أعلم.

أما الأحكام ففيها مسألتان:

إحداهما: إذا أرسل سهما أو نحوه أو جارحة معلمة من كلب أو غيره على صيد فأصابه ثم أدركه المرسل حيا نظر:

إن لم يبق فيه حياة مستقرة بأن كان قد قطع حلقومه ومريئه أو أخافه أو خرق أمعاءه أو أخرج حشوته - استحب إمرار السكين على حلقه ليريحه، فإن لم يفعل وتركه حتى مات حل بلا خلاف ونقلوا فيه إجماع المسلمين كما ذكره المصنف وكما لو ذبح شاة فاضطربت أو عدت.

أما إذا بقيت فيه حياة مستقرة فله حالان:

أحدهما: أن يتعذر ذبحه بغير تقصير من صائده حتى يموت فيحل أيضا للعذر، ويستدل له أيضا بما ثبت فى صحيح مسلم: «أَنَّ النَّبِى ﷺ قَالَ لِعَدِى بْنِ حَاتِمٍ: مَا أَمْسَكَ عَلَيْكَ كَلْبُكَ وَلَمْ يَأْكُلْ مِنْهُ فَكُلْ فَإِنَّ ذَكَاتَهُ أَخْذُهُ »[(٢)].

والثانى: ألا يتعذر ذبحه فيتركه حتى يموت، أو يتعذر بتقصيره فيموت فهو حرام، كما لو تردى بئرا فلم يذبحه حتى مات فإنه حرام.

فمن صور الحال الأول: أن يشتغل بأخذ الآلة، وسل السكين، فيموت قبل إمكان ذبحه.

ومنها: أن يمتنع بما فيه من بقية قوة، ويموت قبل قدرته عليه.

ومنها: ألا يجد من الزمان ما يمكن الذبح فيه.

ومن صور الحال الثانى: ألا يكون معه آلة الذبح أو تضيع آلته فلا يحل بلا

---

(١) أخرجه عبد الرزاق بنحوه فى مصنفه (٤/ ٤٦٠) (٨٤٥٥) من طريق مقسم، والبيهقى فى الكبرى (٩/ ٢٤١) من طريق ميمون بن مهران كلاهما عن ابن عباس به.

(٢) تقدم.

خلاف.

فلو نشبت السكين فى الغمد فلم يتمكن من إخراجها حتى مات ففيه وجهان:

أصحهما - وبه قال أكثر الأصحاب -: أنه حرام؛ لتقصيره فى عدم تأمل السكين قبل هذا.

والثاني: أنه حلال، وهو قول أبى على بن أبى هريرة والطبرى؛ لأنه معذور.

ولو غصب الآلة فوجهان:

أصحهما: أنه حرام؛ لأنه عذر نادر.

والثاني: حلال؛ لأنه معذور؛ كمن حال بينه وبين الصيد سبع حتى مات، فإنه يحل وجها واحدا.

ولو اشتغل بتحديد السكين حتى مات فهو حرام؛ لأنه يمكن تحديدها قبل ذلك.

قال الرويانى: ولو اشتغل بطلب المذبح فلم يجده حتى مات فهو حلال؛ لعدم تقصيره بخلاف تحديد السكين، ولو كان يمر ظهر السكين على حلقه غلطا فمات فحرام بتقصيره، ولو رجع الصيد منكسا واحتاج إلى قلبه ليقدر على المذبح فمات أو اشتغل بتوجهه إلى القبلة فمات، فحلال.

ولو شك بعد موت الصيد هل تمكن من ذكاته فيحرم؟ أم لم يتمكن فيحل؟ ففيه قولان؛ لتعارض الأصل:

أصحهما: أنه حلال؛ لأن الأصل عدم الإمكان وعدم التقصير.

والثاني: التحريم؛ لأن الأصل بقاء الحياة، وهل يشترط العدو إلى الصيد إذا أصابهم السهم أو الكلب؟ فيه وجهان حكاهما الخراسانيون:

أحدهما: نعم؛ لأنه المعتاد فى هذه الحالة، لكن لا يكلف المبالغة بحيث يناله ضرر ظاهر.

وأصحهما: لا يشترط، بل يكفى المشى، وعلى هذا الصحيح الذى قطع به الصيدلانى والبغوى وغيرهما أنه لو مشى على هينته وأدركه ميتا وكان بحيث لو أسرع لأدركه حيا، قال إمام الحرمين: عندى أنه لا بد من الإسراع.

قلنا: لا؛ لأن الماشى على هينته خارج عن عادة الطالبين.

وإذا شرطنا العدو فتركه، فصار الصيد ميتا، ولم يدر أمات فى الزمن الذى يسع العدو بحيث لو عدا لم يدركه أم بعده؟ قال الرافعى: ينبغى أن يكون على القولين

السابقين قريبا فى الشك فى التمكن من الذكاة، والله تعالى أعلم.

فرع: لو رمى صيدا فقده قطعتين متساويتين، أو متفاوتتين، فهما حلال، ولو أبان منه بسيف أو غيره عضوا كيد أو رجل، نظر:

إن أبانه بجراحة مذففة ومات فى الحال حل العضو وباقى البدن.

وإن لم تكن مذففة وأدركه وذبحه أو جرحه جرحا آخر مذففا، فالعضو حرام؛ لأنه أبين من حى، وباقى البدن حلال، وإن أثبته بالجراحة الأولى فقد صار مقدورا عليه، فيتعين ذبحه، ولا تجزئ سائر الجراحات، ولو مات من تلك الجراحة بعد مضى زمن ولم يتمكن من ذبحه، حل باقى البدن.

وفى العضو، وجهان:

أصحهما: يحرم؛ لأنه أبين من حى؛ فهو كمن قطع ألية شاة ثم ذبحها. فإنه لا تحل الألية.

والثانى: تحل؛ لأن الجرح كالذبح للجملة، فتبعها العضو.

وإن جرحه جراحة أخرى والحالة هذه: فإن كانت مذففة فالصيد حلال والعضو حرام. وإلا فالصيد حلال أيضا.

وفى العضو وجهان:

الصحيح: أنه حرام؛ لأن الإبانة لم تتجرد ذكاة للصيد. والله أعلم.

المسألة الثانية:

إذا غاب عنه الكلب والصيد، ثم وجده ميتا فوجهان:

الصحيح الذى قطع به الأكثرون: لا يحل؛ لاحتمال موته بسبب آخر ولا أثر لتضمخه بدمه، فربما جرحه الكلب وأصابته جراحة أخرى.

وأما إذا جرحه سهمه أو كلبه ثم غاب الصيد عنه ثم وجده ميتا: فإن انتهى بذلك الجرح إلى حركة المذبوح حل، ولا أثر لغيبته، وإن لم ينته، نظر:

إن وجده فى ماء أو وجد عليه أثر صدمة أو جراحة أخرى ونحو ذلك لم يحل سواء وجد الكلب عليه أم لا؛ لأنه لا يعلم كيف هلك.

وإن لم يكن فيه أثر آخر ففيه ثلاثة طرق:

أحدها: يحل قطعا.

والثانى: يحرم قطعا.

وأصحها وأشهرها: على قولين.

أصحهما عند الجمهور من العراقيين وغيرهم: التحريم.

وأصحهما عند البغوى والغزالى فى الإحياء: الحل، وهو الصحيح أو الصواب؛ لصحة الأحاديث السابقة فيه، وعدم المعارض الصحيح لها وقد سبق فى كلام المصنف وكلامنا إيضاح دليل الجميع.

ومن قال بالإباحة يتأول كلام ابن عباس والأحاديث - لو صحت فى النهى - على التنزيه.

ومن قال بالتحريم يتأول أحاديث الإباحة على ما إذا انتهى بالجراحة إلى حركة المذبوح وهو تأويل ضعيف، قال أصحابنا: وتسمى هذه [الحالة] مسألة الإيماء، والله أعلم.

فرع: فى مذاهب العلماء فيمن جرح الصيد بسهم أو كلب فغاب عنه ثم وجده ميتا.

فقد ذكرنا أن المشهور من مذهبنا تحريمه، وبه قال داود.

وقال أصحاب أبى حنيفة: إذا توارى عنه الصيد والكلب، وهو فى طلبه، فوجده وقد قتله، حل أكله.

وإن ترك الطلب واشتغل بعمل غيره كرهنا أكله.

وقال مالك: إن أدركه من يومه أكله فى الكلب والسهم إذا كان فيه أثر جارحة، وإن غابت عنه لم يؤكل، وعن أحمد ثلاث روايات:

إحداها: يؤكل.

والثانى: يؤكل ما لم يبت عنه.

والثالث: إن كانت الإصابة موحية حل وإلا فلا.

فرع: إذا رمى الصيد فقده قطعتين فمات، فجميعه حلال، سواء كانت القطعتان سواء أو متفاوتين وبه قال داود، وهو الأصح عن أحمد.

وقال أبو حنيفة: إن كانتا سواء أو كانت التى مع الرأس أقل، حل جميعه، وإن كانت التى مع الرأس أكبر حلت وحرمت الأخرى.

وقال مالك: إذا قطع وسطه أو ضرب عنقه حل جميعه، وإن قطع فخذه حرمت الفخذ وحل الباقى.

دليلنا: أن ما كان ذكاة لبعضه كان ذكاة لكله كموضع الاتفاق.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن نصب أحبولة وفيها حديدة فوقع فيها صيد فقتلته الحديدة لم يحل؛ لأنه مات بغير فعل من جهة أحد فلم يحل.

الشرح: قال الشافعى - رحمه الله -: ولا يؤكل ما قتلته الأحبولة كان فيها سلاح أو لم يكن.

قال أصحابنا: الأحبولة - بفتح الهمزة - هو ما ينصب للصيد فيعلق به من حبل أو شبكة أو شرك، ويقال لها أيضا: حبالة بكسر الحاء، جمعها حبائل.

فإذا وقع فى الأحبولة صيد فمات لم يحل أكله بلا خلاف؛ لأنه لم يذكه أحد، وإنما مات بفعل نفسه، ولم يوجد من الصائد إلا سبب فهو كمن نصب سكينا فربضت عليها شاة فقطعت حلقها فإنها حرام قطعا، ولو كان رأس الحبل الذى فى الأحبولة فى يده فجره ومات به الصيد فحرام أيضا؛ لأنه من جملة المنخنقة، والله أعلم.

فرع: هذا الذى ذكرناه من تحريم صيد الأحبولة ونحوها إذا لم يدرك ذكاته هو مذهبنا ومذهب العلماء كافة إلا ما حكاه ابن المنذر عن الحسن البصرى أنه يحل إن كان سمى وقت نصبها.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن أرسل سهما على صيد فأصاب غيره فقتله حل أكله؛ لِقَوْلِهِ ﷺ لِأَبِى ثَعْلَبَةَ: «مَا رَدَّتَ عَلَيكَ قَوْسُكَ فَكُلْ».

ولأنه مات بفعله ولم يفقد إلا القصد وذلك لا يعتبر فى الذكاة.

والدليل عليه: أنه تصح ذكاة المجنون وإن لم يكن له قصد.

فإن أرسل كلبا على صيد فأصاب غيره فقتله نظرت:

فإن أصابه فى الجهة التى أرسله فيها، حل؛ لقوله ﷺ: «مَا رَدَّ عَلَيكَ كَلْبُكَ وَلَمْ تُدرِكْ ذَكَاتَهُ فَكُلْ».

وإن عدل إلى جهة أخرى فأصاب صيدا غيره ففيه وجهان:

أحدهما: لا يحل، وهو قول أبى إسحاق؛ لأن للكلب اختيارا، فإذا عدل كان صيده باختياره فلم يحل كما لو استرسل بنفسه فأخذ الصيد.

ومن أصحابنا من قال: يحل؛ لأن الكلب لا يمكن منعه من العدول فى طلب الصيد.

الشرح: حديث أبى ثعلبة[١] والحديث الآخر سبق بيانهما، قال أصحابنا: إذا رمى صيدا يراه أو لا يراه، لكن يحس به فى ظلمة أو من وراء حجاب، بأن كان بين أشجار ملتفة وقصده حل، فإن لم يعلم به بأن رمى وهو لا يرجو صيدا فأصاب صيدا، لم يحل على الصحيح المنصوص، وفيه وجه وإن كان يتوقع صيدا فبنى الرمى بأن رمى فى ظلمة الليل وقال: ربما أصبت صيدا فأصاب صيدا فطريقان:

أحدهما: القطع بحله.

والثانى: فيه ثلاثة أوجه:

أصحها: التحريم مطلقا.

والثانى: يحل.

والثالث: إن توقعه بظن غالب حل، وإن كان مجرد تجويز حرم.

ولو رمى إلى سرب من الظباء أو أرسل عليها كلبا فأصاب واحدة منها فقتلها فهى حلال بلا خلاف.

ولو قصد واحدة منها معينة بالرمى فأصاب غيرها ففيه طريقان:

أحدهما: القطع بحلها وبه قطع المصنف وكثيرون أو الأكثرون.

والثانى: فيه أربعة أوجه:

الأول: الحل مطلقا؛ لما ذكره المصنف.

والثانى: التحريم.

والثالث: إن كان حالة الرمى يرى المصاد[٢]، حل، وإلا فلا.

والرابع: إن كان المصاب من السرب الذى رآه ورماه، حل، وإن كان من غيره لم يحل، وسواء عدل السهم عن الجهة التى قصدها إلى غيرها أم لم يعدل.

ولو رمى شاخصا يعتقده حجرا، وكان حجرا فأصاب ظبية ففى حلها وجهان:

الأصح: لا تحل، وبه قطع الصيدلانى وغيره.

فإن كان الشاخص صيدا ومال السهم عنه وأصاب صيدا آخر ففيه الوجهان والأولى بالتحليل.

---

(١) تقدم.

(٢) فى أ: المصاب.

ولو رمى شاخصا ظنه خنزيرا وكان خنزيرا أو كان صيدا فلم يصبه وأصاب ظبية لم تحل على الصحيح فى الصورتين؛ لأنه قصد محرما، والخلاف فيما إذا كان خنزيرا أضعف.

ولو رمى شاخصا ظنه صيدا فبان حجرا أو خنزيرا وأصاب السهم صيدا، قال البغوى: إن اعتبرنا ظنه فيما إذا رمى ما ظنه حجرا فكان صيدا وأصاب السهم صيدا آخر، وقلنا بالتحريم، فهنا يحل الصيد الذى أصابه، وإن اعتبرنا الحقيقة وقلنا بالحل هناك، حرم هنا.

هذا كله فى رمى السهم أما إذا أرسل كلبا على صيد فقتل صيدا آخر فينظر:

إن لم يعدل عن جهة الإرسال، بل كان فيها صيود فأخذ غير ما أرسل عليه وقتله فطريقان:

المذهب: أنه يحل، وبه قطع المصنف والأكثرون، ودليله فى الكتاب.

والثانى: فيه وجهان:

أصحهما: يحل.

والثانى: يحرم، كما لو استرسل بنفسه.

وإن عدل إلى جهة أخرى فثلاثة أوجه:

أصحها: الحل؛ لأنه بغير تكليفه ترك العدول؛ ولأن الصيد لو عدل فتبعه الكلب وقتله حل قطعا.

والثانى: يحرم، كما ذكره المصنف.

والثالث - وهو اختيار الماوردى -: إن خرج عادلا عن الجهة حرم. وإن خرج إليها ففاته الصيد فعدل إلى غيرها وصاد حل؛ لأنه يدل على حذقه حيث لم يرجع خائبا، وقطع إمام الحرمين بالتحريم إذا عدل وظهر من عدوله اختياره بأن امتد فى جهة الإرسال زمانا، ثم ظهر صيد آخر فاستدبر المرسل إليه وقصد الآخر، والله أعلم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن أرسل كلبا وهو لا يرى صيدا فأصاب صيدا لم يحل؛ لأنه أرسله على غير صيد فلم يحل ما اصطاده[1]، كما لو حل رباطه

---

(١) فى أ: صاده.

فاسترسل بنفسه واصطاد.

وإن أرسل سهما فى الهواء وهو لا يرى صيدا فأصاب صيدا ففيه وجهان:

قال أبو إسحاق: يحل؛ لأنه قتله بفعله ولم يفقد إلا القصد إلى الذبح وذلك لا يعتبر؛ كما لو قطع شيئا وهو يظن أنه خشبة فكان حلق شاة.

ومن أصحابنا من قال: لا يحل.

وهو الصحيح؛ لأنه لم يقصد صيدا بعينه فأشبه إذا نصب أحبولة فيها حديدة فوقع فيها صيد فقتلته.

وإن كان فى يده سكين فوقعت على حلق شاة فقتلتها حل فى قول أبى إسحاق؛ لأنه حصل الذبح بفعله وعلى قول الآخر: لا تحل؛ لأنه لم يقصد

وإن رأى صيدا فظنه حجرا أو حيوانا غير الصيد فرماه فقتله حل أكله؛ لأنه قتله بفعل قصده وإنما جهل حقيقته، والجهل بذلك لا يؤثر؛ كما لو قطع شيئا فظنه غير الحيوان فكان حلق شاة.

وإن أرسل على ذلك كلبا فقتله. ففيه وجهان:

أحدهما: يحل؛ كما يحل إذا رماه بسهم.

والثانى: لا يحل؛ لأنه أرسله على غير صيد فأشبه إذا أرسله على غير شىء.

الشرح: قال أصحابنا: إذا أرسل كلبا وهو لا يرى صيدا فاعترض صيدا فقتله لم يحل؛ لما ذكره المصنف.

وهذا هو المذهب وبه قطع المصنف والجمهور.

وحكى الرويانى فى كتابه الكافى وغيره من أصحابنا فيه وجها: أنه يحل، وهو شاذ ضعيف.

ولو أرسل سهما فى الهواء وهو لا يرى صيدا، أو أرسله فى فضاء الأرض لاختبار قوته، أو رمى إلى هدف فاعترض صيدا فأصابه وقتله، وكان لا يخطر له الصيد، أو كان يراه ولكن رمى إلى هدف أو ذئب، ولم يقصد الصيد - فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما:

الصحيح المنصوص: لا يحل؛ لعدم قصده.

والثانى: يحل.

قال أبو إسحاق: ولو كان يحل سيفه فأصاب عنق شاة وقطع الحلقوم والمرىء

من غير علم بالحال فطريقان:

المذهب: أنه ميتة محرمة، وبه قطع إمام الحرمين وغيره.

والثانى: فيه وجهان.

ولو رمى ما ظنه حجرا أو جرثومة أو آدميا معصوما أو غير معصوم، أو خنزيرا أو حيوانا آخر محرما، فكان صيدا فقتله، أو ظنه صيدا غير مأكول، فكان مأكولا، أو قطع فى ظلمة ما ظنه ثوبا فكان حلق شاة، فانقطع الحلقوم والمرىء، أو أرسل كلبا إلى شاخص يظنه حجرا فكان صيدا، أو لم يغلب على ظنه شىء من ذلك، أو ذبح فى ظلمة حيوانا فظنه محرما، وكان شاة - فالمذهب أنه حلال فى جميع هذه الصور.

وفى الجميع وجه ضعيف: أنه حرام؛ لعدم القصد.

ولو رمى إلى شاته الربيطة سهما جارحا فأصاب الحلقوم والمرىء وفاقا، وقطعهما، ففى حل الشاة مع القدرة على ذبحها احتمال لإمام الحرمين، قال: ويجوز أن يفرق بين أن يقصد الذبح بسهمه، وبين أن يقصد الشاة فيصيب المذبح. والأصح الحل، والله تعالى أعلم.

فرع: فى مذاهب العلماء فيمن رمى شيئا يظنه حجرا وكان صيدا فقتله، قد ذكرنا أن الصحيح عندنا حله، وبه قال أبو حنيفة.

وقال مالك[1]: لا يحل.

وقال محمد بن الحسن: إن ظنه حجرا لم يحل، وإن ظنه حيوانا محرما كالكلب والخنزير حل إلا أن يظنه آدميا فلا يحل، وكذا قال أحمد: إذا ظنه إنسانا لم يحل.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: إذا رأى خنزيرا بريا أو أسدا أو ذئبا وكان ظبيا حل.

وقال زفر: لا يحل.

فرع: فى مذاهبهم فيمن أرسل كلبا على صيد وأخذ غيره فى طريقه وسمته،

(١) قال في المدونة (١/ ٥٤٠): قلت : أرأيت إن رميت حجرا وأنا أظنه حجرا فإذا هو صيد، فأصبته وأنفذت مقاتله آكله أم لا ؟ قال : لا، ألا ترى أن مالكا قال في الذي يرمي الصيد بسكين فيقطع رأسه وهو لا ينوي اصطياده : إنه لا يأكله، فهذا الذي رمى حجرا لم ينو اصطياد هذا الصيد الذي أصاب فلا يأكله.

مذهبنا: أنه حلال كما سبق، وبه قال أبو حنيفة وأحمد[1].

وقال مالك وداود: لا يحل.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن توحش أهلى أو ند بعير أو تردى فى بئر فلم يقدر على ذكاته فى حلقه فذكاته حيث يصاب من بدنه؛ لما روى رَافِعُ بْنُ خَدِيجٍ قَالَ: «كُنَّا مَعَ النَّبِى ﷺ فِى غَزَاةٍ وَقَدْ أَصَابَ الْقَوْمُ غَنَمًا وَإِبِلًا فَنَدَّ مِنْهَا بَعِيرٌ فَرُمِى بِسَهْمٍ فَحَبَسَهُ اللَّهُ بِهِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: إِنَّ هَذِهِ الْبَهَائِمَ لَهَا أَوَابِدُ كَأَوَابِدِ الْوَحْشِ، فَمَا غَلَبَكُمْ مِنْهَا فَاصْنَعُوا بِهِ هَكَذَا».

وقال ابن عباس رضى الله عنه: «ما أعجزك من البهائم فهو بمنزلة الصيد».

ولأنه يتعذر ذكاته فى الحلق فصار كالصيد، وإن تأنس الصيد فذكاته ذكاة الأهلى.

كما أن الأهلى إذا توحش فذكاته ذكاة الوحشى.

الشرح: حديث رافع [2] رواه البخارى ومسلم.

والأثر المذكور عن ابن عباس صحيح رواه البيهقى بإسناده، وذكره البخارى فى صحيحه تعليقا بصيغة الجزم، فهو صحيح عنده.

وقوله: «ند» هو بفتح النون وتشديد الدال أى: هرب.

والأوابد - بفتح الهمزة وبالباء الموحدة - وهى النفور، والتوحش، جمع آبدة بالمد وكسر الباء ويقال: أبدت - بفتح الباء والتخفيف - يأبد ويأبد - بكسر الباء وضمها - وتأبدت أى: توحشت ونفرت من الإنس.

أما الأحكام: فقال أصحابنا: الحيوان المأكول الذى لا تحل ميتته ضربان:

مقدور على ذبحه.

ومتوحش.

---

(١) قال فى الإنصاف (١٠/ ٤٣٥): قوله (وإن رمى صيدا، فأصاب غيره، أو رمى صيدا . فقتل جماعة : حل الجميع) . بلا نزاع أعلمه . لكن لو أرسل كلبه إلى صيد، فصاد غيره، فالصحيح من المذهب : أنه يحل، ونص عليه الإمام أحمد رحمه الله . قال في الفروع، والمذهب : أنه يحل . وفي مختصر ابن رزين : يحرم ما قتله الكلب لا السهم .

(٢) أخرجه البخارى (٥/ ١٥٥-١٥٦) فى كتاب الشركة باب قسمة الغنم (٢٤٨٨، ٢٥٠٧، ٣٠٧٥، ٥٤٩٨، ٥٥٠٣، ٥٥٠٦، ٥٥٠٩، ٥٥٤٣، ٥٥٤٤)، ومسلم (٣/ ١٥٥٩) فى كتاب الأضاحى باب جواز الذبح بكل ما أنهر الدم إلا السن والظفر (٢٢/ ١٩٦٨).

فالمقدور عليه لا يحل إلا بالذبح فى الحلق واللبة كما سبق، وهذا مجمع عليه، وسواء فى هذا الإنسى والوحشى إذا قدر على ذبحه، بأن أمسك الصيد، أو كان متوحشا[(١)] فلا يحل إلا بالذبح فى الحلق واللبة لما ذكره المصنف.

وأما المتوحش؛ كالصيد، فجميع أجزائه مذبح، ما دام متوحشا، فإذا رماه بسهم، أو أرسل عليه جارحة فأصاب شيئا من بدنه ومات به، حل بالإجماع.

ولو توحش إنسى بأن ند بعير أو بقرة أو فرس، أو شردت شاة أو غيرها، فهو كالصيد يحل بالرمى إلى غير مذبحه، وبإرسال الكلب من الجوارح عليه، وهذا بلا خلاف عندنا؛ لما ذكره المصنف.

ولو تردى بعير أو غيره فى بئر ولم يمكن قطع حلقومه، فهو كالبعير الناد فى حله بالرمى بلا خلاف، وفى حله بإرسال الكلب وجهان حكاهما الماوردى والرويانى والشاشى وغيرهم.

أصحهما عندهم، فى الحاوى والبحر والمستظهرى: التحريم، واختار البصريون الحل.

والأول: أرجح. والله تعالى أعلم.

قال أصحابنا: وليس المراد بالتوحش مجرد الإفلات بل متى تيسر اللحوق بعدو أو استعانة بمن يمسكه، فليس ذلك توحشا ولا يحل حينئذ إلا بالذبح فى المذبح.

قال الرافعى: ولو تحقق العجز فى الحال فقد أطلق الأصحاب أن البعير ونحوه كالصيد؛ لأنه قد يريد الذبح فى الحال؛ فتكليفه الصبر إلى القدرة يشق عليه.

قال إمام الحرمين: والظاهر عندى: أنه لا يلحق بالصيد بذلك؛ لأنها حالة عارضة [قربتها له، قال][(٢)]: لكن لو كان الصبر والطلب يؤدى إلى مهلكة أو مسبعة فهو حينئذ كالصيد، وإن كان يؤدى إلى موضع لصوص وعصبات[(٣)] مترصدين فوجهان.

والفرق: أن تصرفهم وإتلافهم متدارك بالضمان، هذا كلام الإمام.

قال الرافعى: والمذهب ما قدمناه عن الأصحاب، والله أعلم.

---

(١) فى أ : مستأنساً.
(٢) فى أ: قريبة الزوال.
(٣) فى أ: وعصاب.

فرع: فى كيفية الجرح المفيد للحل فى الناد والمتردى وجهان:

أصحهما - وبه قطع المصنف والجمهور -: أنه يكفى جرح يفضى إلى الزهوق كيف كان.

والثانى: لا بد من جرح مذفف، واختاره القفال وإمام الحرمين.

فرع: حيث جرح الناد والمتردى فقتله حل، سواء كانت الجراحة فى فخذه أو خاصرته أو غيرهما من بدنه، هذا هو المذهب، وهو المنصوص.

وبه قطع العراقيون وجمهور الخراسانيين.

وقال الغزالى فى الوسيط: قال رسول الله ﷺ: «لَوْ طَعَنْتَ خَاصِرَتَهُ لَحَلَّتْ لَكَ»

قال: فقال المراوزة: خصص الخاصرة ليكون الجرح مذففا فلا يجوز جرح آخر. وإن كان يفضى إلى الموت.

قال: ومنهم من قال: يكفى كل جراحة تفضى إلى الموت، هذا لفظه فى الوسيط، وفيها منكرات.

منها: تغيير الحديث.

ومنها: تغيير الحكم.

أما الحديث فقد سبق بإنكاره الإمام أبو عمرو بن الصلاح - رحمه الله تعالى - فقال: هذا اختصار من الغزالى لحديث استدل به فى ذلك شيخه إمام الحرمين قال: روى: «أَنَّ رَجُلًا يُعْرَفُ بِأَبِى الْعُشَرَاءِ تَرَدَّى لَهُ بَعِيرٌ فِى بِئْرٍ فَهَلَكَ، فَرُفِعَت الْقِصَّةُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ لِأَبِى الْعُشَرَاءِ: وَأَبِيكَ لَوْ طَعَنْتَ فِى خَاصِرَتِهَا لَحَلَّتْ لَكَ»[(١)].

فقال أبو عمرو: وفيما ذكره إمام الحرمين ثلاثة أغلاط؛ وذلك أن هذا الحديث تفرد

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ٣٣٤)، وأبو داود (٢/ ١١٣) فى كتاب الذبائح باب ما جاء فى ذبيحة المتردية (٢٨٢٥)، والترمذى (٣/ ١٤٧) فى باب ما جاء فى الذكاة فى الحلق واللبة (١٤٨١)، وقال غريب لا نعرفه إلا من حديث حماد بن سلمة ولا نعرف لأبى العشراء عن أبيه غير هذا الحديث، وفى العلل الكبير له (٤٣٨)، وابن ماجه (٤/ ٥٩١) فى كتاب الذبائح باب زكاة النادّ من البهائم (٣١٨٤)، والنسائى (٧/ ٢٢٨) فى كتاب الضحايا، باب المتردية فى البئر (٤٤٢٠)، وعبدالله بن أحمد فى زياداته (٤/ ٣٤)، وأبو يعلى (١٥٠٣)، (١٥٠٤)، والطبرانى فى الكبير (٦٧١١)، (٦٧٢٠)، (٦٧٢١)، وأبو نعيم فى الحلية (٦/ ٢٥٧)، والبيهقى (٩/ ٢٤٦)، والخطيب فى التاريخ (١/ ٤١٣و ١٢/ ٣٧٧)، وذكره الشيخ الألبانى رحمه الله فى ضعيف ابن ماجه (٦٨٤)، وضعيف الترمذى (٢٥١)، والإرواء (٢٥٣٥).

بروايته حماد بن أبى سلمة عن أبى العشراء الدارمى عن أبيه قال: «قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَمَا تَكُونُ الذَّكَاةُ إِلَّا فِى الْحَلْقِ وَاللَّبَّةِ قَالَ: وَأَبِيكَ لَوْ طَعَنْتَهَا فِى فَخِذِهَا لأَجْزَأَ عَنْكَ» رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه فى كتبهم المعتمدة.

وأبى العشراء - بضم العين وبالمد على وزن الشعراء - اسمه: أسامة بن مالك، وقيل غير ذلك، فوقع فيما ذكره إمام الحرمين الغلط من أوجه:

أحدها: جعله أبا العشراء هو الذى خاطبه النبى ﷺ وإنما هو أبوه وأبو العشراء تابعى مشهور.

والثانى: فى ذكره: «تردى البعير فى بئر...» الحديث، وليس ذلك من الحديث، وإنما هو تفسير من أهل العلم للحديث، قالوا هذا عند الضرورة فى التردى فى البئر وأشباهه.

وإن كان الشيخ أبو حامد الإسفراييني قد قال بعد ذكره الحديث دون ذكر التردى: وفى بعض الأخبار أنه سئل عن بعير تردى فى بئر فقال: «أما تصلح الذكاة إلا فى الحلق واللبة؟» وذكر الحديث، فإن ذلك أيضا باطل لا يعرف.

والثالث: فى قوله: «لو طعنت فى خاصرتها»، وإنما قال: «فى فخذها»، وذكر الخاصرة ورد فى أثر رويناه، وذكره الشافعى - رحمه الله - قال: «تردى بعير فى بئر وطعن فى شاكلته فسئل عبد الله بن عمر فأمر بأكله» والشاكلة: الخاصرة، ولا يثبت والحالة هذه ما رامه المراوزة من تخصيص الخاصرة وأشباهها، فالصحيح إذن قول غيرهم: إنه يكفى فى أى موضع كان؛ لقوله ﷺ: «لو طعنت فى فخذها» هذا آخر كلام الشيخ أبى عمرو، وهو كما قال، وهذا الحديث الذى رواه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم حديث ضعيف، فقد اتفقوا على أن مداره على أبى العشراء، قالوا: وهو مجهول لا يعرف إلا فى هذا الحديث، ولم يرو عنه غير حماد بن أبى سلمة، وقد اتفق أهل العلم بالحديث على أن من لم يرو عنه غير واحد فهو مجهول إلا أن يكون مشهورا بعلم أو صلاح أو شجاعة ونحو ذلك، ولم يوجد شىء من هذا الاستثناء فى أبى العشراء فهو مجهول.

واتفقوا على أنه لم يرو عنه غير حماد بن أبى سلمة.

قال الترمذى: هو حديث غريب لا يعرف إلا من حديث حماد، قال: ولا يعرف لأبى العشراء عن أبيه غير هذا الحديث.

وقال البخارى، فى تاريخه فى حديث أبى العشراء: وسماعه من أبيه فيه نظر، والله أعلم.

فالصواب: أنه فى أى موضع جرحه فمات منه حل، سواء الخاصرة والفخذ وغيرهما؛ لحديث رافع بن خديج المذكور فى الكتاب، وقوله ﷺ: «فما غلبكم منها فاصنعوا به هكذا»، وهو ثابت فى الصحيح كما سبق، ولا معارض له، ولم يثبت له مخصص، فيجب العمل بعمومه وإطلاقه فى كل معجوز عنه كما قاله الأصحاب، ونص عليه الشافعى، ويتعين رد ما حكى عن المراوزة، والله أعلم.

فرع: لو وقع بعيران فى بئر، أحدهما فوق الآخر فطعن الأعلى فمات الأسفل بثقله - حرم الأسفل، فلو تعدت الطعنة فأصابته أيضا حلا جميعا، فإن شك هل مات [بالطعنة النافذة؟ أم بالثقل؟][1] وقد علم أن الطعنة أصابته قبل مفارقة الروح - حل.

وإن شك هل أصابته قبل مفارقة الروح أم بعدها؟

قال البغوى فى الفتاوى: يحتمل وجهين بناء على القولين فى العبد الغائب المنقطع خبره؛ هل يجزئ فى الكفارة؟

فرع: لو رمى حيوانا غير مقدور عليه فصار مقدورا فأصاب غير المذبح - لم يحل، ولو رمى مقدورا عليه فصار غير مقدور عليه، فأصاب غير مذبحه - حل.

فرع: فى مذاهب العلماء فيما إذا توحش الحيوان الإنسى المأكول فلم يقدر عليه كالبعير الناد، أو الشاة أو البقرة، أو تردى فى بئر وعجز عن عقره فى محل الذكاة.

فمذهبنا أن كل موضع من بدنه محل لذكاته، فحيث جرحه فقتله حل أكله، وبه قال جمهور العلماء، منهم على بن أبى طالب وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وطاوس وعطاء والشعبى والحسن البصرى والأسود بن يزيد والحكم وحماد والنخعى والثورى وأبو حنيفة وأحمد وإسحاق وأبو ثور والمزنى وداود.

وقال سعيد بن المسيب وربيعة والليث بن سعد ومالك: لا يحل إلا بذكاته فى موضع الذبح، وهو الحلق واللبة، ولا يتغير موضع الذكاة بتوحشه وترديه.

دليلنا حديث رافع بن خديج السابق.

---

(١) فى أ : بالثقل أم بالطعنة النافذة.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن ذكى ما يؤكل لحمه ووجد فى جوفه جنينا ميتا حل أكله؛ لما روى أبو سعيد قال قلنا: يا رسول الله ننحر الناقة ونذبح البقرة والشاة وفى بطنها الجنين أنلقيه أم نأكله؟ فقال: «كُلُوهُ إنْ شِئْتُمْ فَإِنَّ ذَكَاتَهُ ذَكَاةُ أُمِّهِ».

ولأن الجنين لا يمكن ذبحه فجعل ذكاة الأم ذكاة له.

وإن خرج الجنين حيا وتمكن من ذبحه لم يحل من غير ذبح، وإن مات قبل أن يتمكن من ذكاته حل.

الشرح: حديث أبى سعيد الخدرى [1] هذا رواه أبو داود بلفظه، ورواه أبو داود أيضا والترمذى وابن ماجه من رواية مجالد[2] عن أبى الوداك عن أبى سعيد عن النبى ﷺ قال: «ذَكَاةُ الْجَنِينِ ذَكَاةُ أُمِّهِ».

قال الترمذى: هو حديث حسن، قال: وقد روى من غير هذا الوجه عن أبى سعيد، قال: والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبى ﷺ وغيرهم، قال: وفى الباب عن جابر وأبى أمامة وأبى الدرداء وأبى هريرة.

هذا كلام الترمذى، وهذه الرواية مع رواية المصنف التى نقلها[3] عن سنن أبى داود مدارها على مجالد وهو ضعيف لا يحتج به، وقد قال الترمذى: إنه حديث حسن فلعله روى من [طريق آخر][4] تقوى بعضها ببعض فيصير حسنا، كما قال الترمذى، فإنه قد ذكر أنه روى من طريق آخر عن أبى سعيد، ورواه البيهقى من طريق جابر مرفوعا: «ذَكَاةُ الْجَنِينِ ذَكَاةُ أُمِّهِ» بإسناد جيد إلا أن فيه رجلا جرحه الأكثرون، واحتج به البخارى فى صحيحه، ثم قال البيهقى: فى الباب عن على

---

(١) أخرجه عبدالرزاق (٨٦٥٠)، وابن أبى شيبة (١٤/ ١٧٩)، وأحمد (٣/ ٣١، ٣٩، ٥٣)، وأبو داود فى السنن ٣/ ٢٥٢ - ٢٥٣) فى كتاب الأضاحى باب ما جاء فى ذكاة الجنين (٢٨٢٧)، والترمذى (٣/ ١٤٣)، وفى باب ما جاء فى ذكاة الجنين (١٤٧٦)، وقال حسن، وابن ماجة فى السنن (٢/ ١٠٦٧) فى كتاب الذبائح باب ذكاة الجنين ذكاة أمه (٣١٩٩)، وابن الجارود (٩٠٠)، وأبو يعلى (٩٩٢)، وابن حبان (٥٨٨٩)، والدارقطنى (٤/ ٢٧٢و٢٧٣و٢٧٤)، والبيهقى (٩/ ٣٣٥)، والبغوى فى شرح السنة (٦/ ٢٨) (٢٧٨٣).

(٢) فى أ: مجاهد.

(٣) فى أ: نقلتها.

(٤) فى أ : طرق أخرى.

وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وأبى أيوب وأبى هريرة وأبى الدرداء والبراء بن عازب - رضى الله عنهم - مرفوعا، فقد تعاضدت طرقه كما ترى؛ فلهذا صار حديثا حسنا يحتج به كما قاله الترمذى، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وقوله: «ذَكَاةُ الْجَنِينِ ذَكَاةُ أُمِّهِ» هو بالرفع فى ذكاة أمه، تقديره: ذكاة الجنين حاصلة بذكاة أمه.

أما الأحكام: فقال الشافعى والأصحاب: إذا ذبح المأكولة فوجد فى جوفها جنينا ميتا فهو حلال بلا خلاف، سواء أشعر أم لا.

قال الشيخ أبو محمد الجوينى فى كتابه الفروق: إنما يحل إذا سكن فى البطن عقب ذبح الأم، أما إذا بقى زمنا طويلا يضطرب ويتحرك، ثم سكن فوجهان:

الصحيح: أنه حرام.

قال أصحابنا: ولو جرح[١] الجنين وبه حركة مذبوح ثم مات حل؛ لأنه فى معنى الذى مات فى البطن قبل الذبح، وإن جرح وفيه حياة مستقرة وأمكن ذبحه فلم يذبحه حتى مات فهو حرام، وإن لم يتمكن من ذبحه حتى مات فهو حلال كما قاله المصنف والأصحاب؛ قياسا على الصيد، ولو أخرج رأسه وفيه حياة مستقرة ثم ذبحت الأم فمات قبل انفصاله فوجهان:

أصحهما - وبه قطع القفال[٢] -: يحل؛ لأن خروج بعض الولد كعدم خروجه فى العدة وسائر الأحكام.

والثانى - وبه قطع القاضى حسين والبغوى -: لا يحل إلا بذبحه؛ لأنه مقدور عليه.

قال البغوى: ولو أخرج رجله، فقياس ما قال القاضى حسين: أنه يجرحه بسكين ونحوه ليحل كما لو تردى بعير فى بئر، ولو وجد فى جوف المذكاة مضغة لم تتبين فيها الصورة، ولا تشكلت الأعضاء، ففى حلها وجهان، بناء على وجوب الغرة فيها، وثبوت حكم الاستيلاد. والله أعلم.

فرع: فى مذاهب العلماء فى المسألة.

مذهبنا: أن الحيوان المأكول إذا ذكى فخرج من[٣] جوفه جنين ميت، حل، وبه

---

(١) فى أ: خرج.
(٢) فى أ: قال.
(٣) فى أ: فى.

قال العلماء كافة من الصحابة والتابعين، ومن بعدهم من علماء الأمصار إلا أبا حنيفة[١] وزفر، فقالا: لا يحل حتى يخرج حيا فيذكى.

وقال مالك[٢]: إن خرج ميتا تام الخلق وتم شعره فحلال بذكاة الأم.

---

(١) قال فى بدائع الصنائع إن الجنين إذا خرج بعد ذبح أمه وخرج حيا فذكى فإنه يحل وإن مات قبل أن يذبح فإنه لا يؤكل بلا خلاف أما إن خرج ميتا فإن لم يكن كامل الخلق لا يؤكل أيضا فى قولهم جميعا لأنه بمعنى المضغة، وإن كان كامل الخلق اختلف فيه.

قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه لا يؤكل وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله تعالى.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا بأس بأن يؤكل واحتجا بقول النبى ﷺ: ذكاة الجنين بذكاة أمه فيقتضى أنه يتذكى بذكاة أمه ولأنه تبع لأمه حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلأنه يباع ببيع الأم ويعتق بعتقها، والحكم فى التبع يثبت بعلة الأصل ولا يشترط له علة على حدة لئلا ينقلب التبع أصلا، ويدل لأبى حنيفة رحمه الله تعالى قول الله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم﴾ والجنين ميتة لأنه لا حياة فيه والميتة ما لا حياة فيه فيدخل تحت النص أما ما يقال: بأن الميتة اسم لزائل الحياة. وهذا يستدعى تقدم الحياة وهو أمر لا يعلم فى الجنين، فيجاب عليه بأن تقدم الحياة ليس بشرط لإطلاق اسم الميت قال الله تعالى ﴿وكنتم أمواتا فأحياكم ثم يميتكم ثم يحييكم﴾ على أنا إن سلمنا ذلك فلا بأس به لأنه يحتمل أنه كان حيا فمات بموت الأم ويحتمل أنه لم يكن فيحرم احتياطا ولأنه أصل فى الحياة فيكون له فى الذكاة والدليل على أنه أصل فى الحياة أنه يتصور بقاؤه حيا بعد ذبح الأم ولو كان تبعا للأم فى الحياة لما تصور بقاؤه حيا بعد زوال الحياة عن الأم وإذا كان أصلا فى الحياة يكون أصلا فى الذكاة لأن الذكاة تفويت الحياة ولأنه إذا تصور بقاؤه حيا بعد ذبح الأم لم يكن ذبح الأم سببا لخروج الدم عنه إذ لو كان لما تصور بقاؤه حيا بعد ذبح الأم إذ الحيوان الدموى لا يعيش بدون الدم عادة فبقى الدم المسفوح فيه ولهذا إذا جرح يسيل منه الدم وأنه حرم لقول الله سبحانه وتعالى ﴿أو دما مسفوحا﴾ وقوله عز شأنه ﴿حرمت عليكم الميتة والدم﴾ولا يمكن التمييز بين لحمه ودمه فيحرم لحمه أيضا. وأما الحديث فقد روى بنصب الذكاة الثانية معناه كذكاة أمه إذ التشبيه قد يكون بحرف التشبيه وقد يكون بحذف حرف التشبيه. ينظر بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ٥/ ٤٢ .

(٢) قال فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير إن ذكاة الجنين يوجد ميتا بسبب ذكاة أمه تحقيقا أو شكا حاصلة بذكاة أمه فذكاة أمه ذكاة له وحينئذ فيؤكل بغير ذكاة اكتفاء بذكاة أمه هذا إذا كان خلقه قد تم واستوى ولو كان ناقص يد أو رجل - مع نبات شعر جسده ولو بعضه لا شعر عينيه أو رأسه أو حاجبه فلا يعتبر.

وفى المشيمة - وهى وعاء الجنين ثلاثة أقوال ثالثها أنها تبع للولد إن أكل الولد أكلت وإلا فلا.

أما إن كان الجنين ميتا من قبل ذكاة أمه فلا يحل. وإن خرج الجنين بعد ذكاة أمه تاما بشعره حيا حياة محققة أو مشكوكا فيها ذكى وجوبا وإن لم يذك لم يؤكل إلا أن يبادر إليه - =

وإن لم يتم خلقه أولم ينبت شعره فحرام.

قال ابن المنذر: كان الناس على إباحته لا نعلم أحدا خالف ما قالوه إلى أن جاء أبو حنيفة فحرمه، وقال: ذكاة نفس لا تكون ذكاة نفسين.

ونقل الخطابى أن ابن المنذر قال فى كتاب آخر له: إنه لم يقل بقول أبى حنيفة أحد من العلماء غيره.

قال: ولا أحسب أصحابه وافقوه عليه.

= بفتح الدال - ويسارع إلى ذكاته فيسبق بالموت فيؤكل للعلم بأن حياته حينئذ غير معتبرة لضعفها بأخذه فى السياق فهو بمنزلة ما نزل ميتا من بطن أمه بعد ذكاتها فيحكم عليه بأن ذكاته بذكاة أمه. فإن لم يبادر حتى مات وكان بحيث لو بودر لم يدرك كره أكله، أما لو كان بحيث لو بودر لأدرك فلا يؤكل. وذكى الجنين المزلق - وهو ما ألقته أمه فى حياتها لعارض - إن كان مثله يعيش بأن كان تام الخلقة مع نبات شعر وكانت حياته محققة أو مظنونة لا مشكوكة، فإن كان مثله لا يحيا أو شك فى أمره هل تستمر حياته أم لا لم يؤكل ولو ذكى لأن موته يحتمل أن يكون من الإزلاق. ينظر الشرح الكبير لأبى البركات سيدى أحمد الدردير وحاشية الدسوقى عليه لشمس الدين محمد عرفة الدسوقى ٢/ ١١٤ .

وفى كشاف القناع أنه تحصل ذكاة جنين مأكول خرج من بطن أمه بعد ذبحها بذكاة أمه إذا خرج ميتا أو متحركا كحركة المذبوح سواء نبت شعره أو لم ينبت روى عن على وابن عمر رضى الله تعالى عنهم لحديث جابر مرفوعا قال: ذكاة الجنين ذكاة أمه. رواه أبو داود باسناد جيد، ورواه الدراقطنى من حديث ابن عمر وأبى هريرة رضى الله تعالى عنهم قال الترمذى رحمه الله تعالى: والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبى ﷺ وغيرهم ولأن الجنين متصل بأمه اتصال خلقة يتغذى بغذائها فتكون ذكاته بذكاتها كأعضائها.

هذا ويستحب ذبح الجنين وإن كان ميتا ليخرج الدم الذى فى جوفه.

وإن كان فى الجنين حياة مستقرة لم يبح إلا ذبحه أو نحره لأنه نفس أخرى، وهو مستقل بحياته.

ولو وجأ بطن أم جنين مسميا فأصاب مذبح الجنين المباح فهو مذكى والأم ميتة لفوات شرطها وهو قطع الحلقوم والمرئ، مع القدرة على قطعهما. ينظر كشاف القناع ٤/ ١٢٤.

مذهب الظاهرية: حكم الجنين: جاء فى المحلى أن كل حيوان ذكى فوجد فى بطنه جنين ميت وقد كان نفخ فيه الروح بعد فهو ميتة لا يحل أكله فلو أدرك حيا فذكى حل أكله فلو كان لم ينفخ فيه الروح بعد فهو حلال إلا إن كان بعد دما لا لحم فيه ولا معنى لإشعاره ولا لعدم إشعاره وذلك لقول الله تبارك وتعالى ﴿حرمت عليكم الميتة والدم﴾ وقال تعالى: ﴿إلا ما ذكيتم﴾ وبالعيان ندرى أن ذكاة الأم ليست ذكاة للجنين الحى لأنه غيرها وقد يكون ذكرا وهى أنثى، فأما إذا كان لحما لم ينفخ فيه الروح بعد فهو بعضها ولم يكن قط حيا فيحتاج إلى ذكاة. ينظر المحلى لابن حزم الظاهرى (٧/ ٤١٩) .

قال الخطابى: وقد ذهب أكثر العلماء إلى إباحته لكن اشترط بعضهم فيه الإشعار.

واحتج لأبى حنيفة بأن ذكاة حيوان لا تكون ذكاة حيوان آخر.

قال: وتأولوا حديث: «ذَكَاةُ الْجَنِينِ ذَكَاةُ أُمِّهِ» أى: ذكاته كذكاة أمه، أى: ذكوه كما تذكون أمه.

واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف من الحديث، والقياس على الصيد.

قال الخطابى والأصحاب: وهذا المنقول عن رواية أبى داود المذكورة فى الكتاب صريح فى الدلالة لمذهبنا، ومبطل لتأويلهم المذكور.

ولأن حقيقة الجنين ما كان فى البطن، وذبحه فى البطن لا يمكن، فعلم أنه ليس المراد أنه يذكى كذكاة أمه، بل ذكاة أمه كافية فى حله، ومما يؤيد هذا أن فى رواية البيهقى: «ذَكَاةُ الْجَنِينِ فِى ذَكَاةِ أُمِّهِ»، وفى رواية له أيضًا: «ذَكَاةُ الجَنِينِ بِذَكَاةِ أُمِّهِ».

ولأنه لو كان المراد ما قالوه لم يكن للجنين مزية.

ولأنه يتبعها فى العتق فيتبعها فى الذكاة كالأعضاء، والله أعلم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: إذا أثبت صيدا بالرمى أو بالكلب فأزال امتناعه ملكه؛ لأنه حبسه بفعله فملكه؛ كما لو أمسكه بيده، فإن رماه اثنان واحد بعد واحد فهو لمن أثبته منهما، فإن ادعى كل واحد منهما أنه هو الذى سبقه وأزال امتناعه وأن الآخر رماه فقتله فعليه الضمان لم يحل أكله؛ لأنهما اتفقا على أنه قتل بعد إمكان ذبحه فلم يحل ويتحالفان فإذا حلفا برئ كل واحد منهما مما يدعى الآخر، وإن اتفقا على أن أحدهما هو السابق غير أن السابق ادعى أنه هو الذى أثبته بسهمه وادعى الآخر أنه بقى على الامتناع إلى أن رماه هو فالقول قول الثانى؛ لأن الأصل بقاؤه على الامتناع، وإن كان الصيد مما يمتنع بالرجل والجناح كالقبج والقطا فرماه أحدهما فأصاب الرجل ثم رماه الآخر فأصاب الجناح ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يكون بينهما؛ لأنه زال الامتناع بفعلهما فتساويا.

والثانى: أنه للثانى.

وهو الصحيح؛ لأن الامتناع لم يزل إلا بفعل الثانى فوجب أن يكون له.

الشرح: فى الفصل مسألتان:

أحدهما: فيما يملك به الصيد.

والثانية: فى الازدحام عليه.

فأما الثانية فنؤخر شرحها ونذكره مع الفصلين بعدها إن شاء الله تعالى، وأما الأولى فقال أصحابنا: يملك الصيد بطرق.

منها: أن يضبطه بيده فيملكه، ولا يشترط فيه قصد التملك فى أخذه بيده حتى لو أخذ صيدا لينظر إليه ملكه بلا خلاف.

ولو سعى وراء صيد ليأخذه فوقف الصيد للإعياء، لم يملكه حتى يقبضه.

ومنها: أن يجرحه جراحة مذففة أو رمية مثخنة أو يرميه فيملكه، وكذا إن كان طائرا فكسر جناحه فعجز عن العدو والطيران جميعا، قالوا: ويكفى المتملك إبطال شدة العدو وصيرورته بحيث يسهل لحاقه، ولو جرحه فعطش وثبت لم يملكه إن كان عطشه لعدم الماء، وإن كان لعجزه عن الوصول إلى الماء ملكه؛ لأن عجزه بالجراحة.

ومنها: لو نصب شبكة ونحوها للصيد فوقع فيها صيد ملكه، فلو طرده طارد فوقع فى الشبكة، فهو لصاحب الشبكة لا للطارد.

وقال الماوردى وغيره: ولو وقع فى الشبكة ثم تقطعت الشبكة فأفلت وذهب فإن كان ذلك بقطع الصيد الواقع فيها عاد مباحا فيملكه من صاده بعد ذلك؛ لأن الأول لم تثبته شبكته وإلا فيملكه صاحب الشبكة وهو باق على ملكه فلا يملكه من أخذه.

وقال الغزالى فى الوسيط، فى باب البئر: لو وقع فى الشبكة فأفلت لم يزل ملكه على الصحيح، هكذا أطلقه الغزالى، والمذهب التفصيل الذى ذكره الماوردى.

ولو تغفل الصيد بالشبكة، ثم قلع الشبكة وذهب بها فأخذه إنسان نظر:

إن كان يعدو ويمتنع مع الشبكة فله الأخذ، فإن أبطل ثقل الشبكة امتناعه بحيث تيسر أخذه فهو لصاحب الشبكة ولا يملكه غيره.

ومنها: إذا أرسل كلبا فأثبت صيدا ملكه المرسل، فلو أرسل سبعا آخر فعقره وأثبته: قال الماوردى: إن كان له على السبع يد ملك الصيد، وإلا فلا.

ولو أفلت الصيد بعدما أخذه الكلب:

قال الرويانى: قال بعض الأصحاب: إن كان ذلك قبل أن يدركه صاحبه لم يملكه، وإن كان بعده فوجهان:

أصحهما: لا يملكه؛ لأنه لم يقبضه ولا زال امتناعه، فعلى هذا يملكه من صاحبه

بعد ذلك.

ومنها: إذا ألجأه إلى مضيق لا يقدر على الإفلات منه ملكه، وذلك بأن يدخله بيتا ونحوه.

ولو اضطر سمكة إلى بركة صغيرة أو حوض صغير على شط نهر ملكه، كما لو اضطر الصيد إلى بيت، والصغير هو ما يسهل أخذها منه، ولو اضطرها إلى بركة واسعة يعسر أخذها منها أو دخلتها السمكة فسد منافذها [لم يملكها، لكن ثبتت له اختصاص كالمتحجر، ولو دخلت السمكة بنفسها الى الحوض والبركة الصغيرة][1] ففيها الخلاف الذى سنذكره - إن شاء الله تعالى قريبا - فيما إذا دخل الصيد ملكه.

فإن قلنا بالأصح: إنه لا يملكه بالدخول فسد منازل[2] البركة ملك السمكة؛ لأنه تسبب إلى ضبطها. والله أعلم.

قال الرافعى: وقد ترجع جميع هذه الطرق إلى شيء واحد، وهو أن يقال: سبب ملك الصيد إبطال زوال امتناعه، وحصول الاستيلاء عليه. وذلك يحصل بالطرق المذكورة، والله تعالى أعلم.

فرع: لو توحل صيد بأرض إنسان وصار مقدورا عليه فوجهان:

أحدهما: يملكه؛ كما لو وقع فى شبكته.

وأصحهما: لا يملكه؛ لأنه لا يقصد بسقى الأرض الاصطياد.

قال إمام الحرمين: الخلاف فيما إذا لم يكن سقى الأرض مما يقصد به الاصطياد وتوحل الصيود، فإن كان يقصد فهو كنصب الشبكة، ولم يتعرض الرويانى لأرض الشخص، بل قال: لو توحل وهو فى طلبه لم يملكه؛ لأن الطين ليس من فعله فلو كان هو أرسل الماء فى الأرض ملكه؛ لأن الوحل حصل بفعله، فهو كالشبكة.

قال الرافعى: ويشبه أن يكون هذا عائدا إلى ما ذكره الإمام من قصد الاصطياد بالسقى.

ولو وقع صيد فى أرض[3] وصار مقدورا عليه أو عشش فى أرضه طائر وباض وفرخ، وحصلت القدرة على البيض والفرخ، لم يملكه على أصح الوجهين. وبه

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: منافذ.
(٣) فى أ: أرضه.

قطع البغوى وغيره.

والثاني: يملكه.

قال البغوى: ولو حفر حفرة لا للصيد فوقع فيها صيد، لم يملكه، وإن حفر للصيد ملك ما وقع فيها، ولو أغلق باب الدار لئلا يخرج صار ملكا له.

قال إمام الحرمين: قال الأصحاب: إذا قلنا: لا يملكه صاحب الأرض والدار، فهو أولى بملكه، وليس لغيره أن يدخل ملكه ويأخذه فإن فعل فهل يملكه؟ فيه وجهان كمن يحجر مواتا وأحياه غيره، هل يملكه؟ وهذه الصور أولى بثبوت الملك؛ لأن الحجر للإحياء ولا يقصد ببناء الدار وقوع الصيد فيها.

والأصح فى الصورتين: أن المحيى وآخذ الصيد يملكان، وإن كانا غاصبين بتفويت حق المتحجر وصاحب الأرض.

ولو قصد ببناء الدار تعشيش الطير فعشش فيها طير، أو وقعت الشبكة من يده بغير قصد فتغفل فيها صيد فوجهان؛ لأنه وجد فى الأولى قصد.

لكنه ضعيف، وفى الثانية حصل الاستيلاء بملكه لكنه بلا قصد.

والأصح: أنه يملكه فى الصورة الأولى دون الثانية.

فرع: لو دخل بستان غيره أو داره، وصاد فيه طائرا أو غيره، ملكه الصائد بلا خلاف، ولو دخل صيد دار إنسان وقلنا بالأصح: إنه لا يملكه فأغلق أجنبى عليه - لم يملكه صاحب الدار، ولا الأجنبى؛ لأنه متعد لم يحصل الصيد فى يده بخلاف من غصب شبكة واصطاد بها.

فرع: لو أخذ الكلب المعلم صيدا بغير إرسال ثم أخذه أجنبى من فمه يملكه الآخذ، هذا هو المذهب، وبه قطع الجمهور.

وحكى الرافعى فيه وجها شاذا: أنه لا يملكه.

واحتجوا للأول بما لو أخذ فرخ طائر من شجر غيره، فإن الآخذ يملكه، وأما الكلب الذى ليس بمعلم إذا أرسله صاحبه فأخذ صيدا فأخذه منه أجنبى وهو حى، فقال الرافعى: ينبغى أن يكون للمرسل، ويكون إرساله كنصب شبكة تغفل بها الصيد، قال: فاحتمل خلافه؛ لأن للكلب اختيارا.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن رمى الصيد اثنان أحدهما بعد الآخر ولم

يعلم بإصابة من منهما، صار[1] غير ممتنع إلى آخر فقد قال فى المختصر: إنه يؤكل ويكون بينهما، فحمل أبو إسحاق هذا على ظاهره فقال: يحل أكله؛ لأن الأصل أنه بقى بعد عقر الأول على الامتناع إلى أن قتله الآخر فيحل ويكون بينهما؛ لأن الظاهر أنهما مشتركان فيه بحكم اليد.

ومن أصحابنا من قال: إن بقى على الامتناع حتى رماه الآخر فقتله حل وكان للثانى، وإن زال امتناعه بالأول فهو للأول ولا يحل بقتل الثانى؛ لأنه صار مقدورا عليه فيجب أن يتأول عليه إذا لم يمتنع الصيد حتى أدركه وذكاه فيحل واختلفا فى السابق منهما فيكون بينهما، فإن رمى رجل صيدا فأزال امتناعه ثم رماه الآخر نظرت:

فإن أصاب الحلقوم والمرىء فقتله حل أكله؛ لأنه قد صار ذكاته فى الحلق واللبة وقد ذكاه فى الحلق واللبة ويلزمه للأول ما بين قيمته مجروحا ومذبوحا؛ كما لو ذبح له شاة مجروحة.

وإن أصاب غير الحلق واللبة نظرت:

فإن وحاه لم يحل أكله؛ لأنه قد صار ذكاته فى الحلق واللبة فقتله بغير ذكاة فلم يحل ويجب عليه قيمته لصاحبه مجروحا؛ كما لو قتل له شاة مجروحة.

فإن لم يوحه وبقى مجروحا ثم مات نظرت:

فإن مات قبل أن يدركه صاحبه أو بعد ما أدركه وقبل أن يتمكن من ذبحه، وجب عليه قيمته مجروحا؛ لأنه مات من جنايته.

وإن أدركه وتمكن من ذبحه فلم يذبحه حتى مات لم يحل أكله؛ لأنه ترك ذكاته فى الحلق مع القدرة.

واختلف أصحابنا فى ضمانه:

فقال أبو سعيد الإصطخرى: تجب عليه قيمته مجروحا؛ لأنه لم يوجد من الأول أكثر من الرمى الذى ملك به وهو فعل مباح وترك ذبحه إلى أن مات وهذا لا يسقط الضمان؛ كما لو جرح رجل شاة لرجل فترك صاحبها ذبحها حتى ماتت.

والمذهب: أنه لا يجب عليه كمال القيمة؛ لأنه مات بسببين محظورين: جناية الثانى وسراية جرح الأول، فالسراية كالجناية فى إيجاب الضمان فيصير كأنه مات من

---

(١) فى أ: جاز.

جناية اثنين وما هلك بجناية اثنين لا يجب على أحدهما كمال القيمة، وإذا قلنا بهذا قسم الضمان على الجانبين فما يخص الأول يسقط عن الثانى ويجب عليه الباقى، ونبين ذلك فى جنايتين مضمونتين ليعرف ما يجب على كل واحد منهما فما وجب على الأول منهما من قيمته أسقطناه عن الثانى فنقول:

إذا كان لرجل صيد قيمته عشرة فجرحه رجل جراحة نقص من قيمته درهم ثم جرحه آخر فنقص درهم ثم مات - ففيه لأصحابنا ستة طرق:

أحدها - وهو قول المزنى -: أنه يجب على كل واحد منهما أرش جنايته ثم تجب قيمته بعد الجنايتين بينهما نصفان فيجب على الأول درهم وعلى الثانى درهم، ثم تجب قيمته بعد الجنايتين وهى ثمانية بينهما نصفان على كل واحد منهما أربعة فيحصل على كل واحد منهما خمسة؛ لأن كل واحد منهما انفرد بجنايته فوجب عليه أرشها ثم هلك الصيد بجنايتهما فوجب عليهما قيمته.

والثانى - وهو قول أبى إسحاق -: أنه يجب على كل واحد منهما نصف قيمته يوم الجناية ونصف أرش جنايته فيجب على الأول خمسة دراهم ونصف وسقط عنه النصف؛ لأن أرش الجناية يدخل فى النفس وقد ضمن نصف النفس، والجناية كانت على النصف الذى ضمنه وعلى النصف الذى ضمنه الآخر فما حصل على النصف الذى ضمنه يدخل فى الضمان فيسقط، وما حصل على النصف الذى ضمنه الآخر يلزم فيحصل عليه خمسة دراهم ونصف، والآخر جنى وقيمته تسعة، فيلزمه نصف قيمته أربعة ونصف، وأرش جنايته درهم فيدخل نصفه فى النصف الذى ضمنه ويبقى النصف لأجل النصف الذى ضمنه الأول فيجب عليه خمسة دراهم، ثم يرجع الأول على الثانى بنصف الأرش الذى ضمنه وهو نصف درهم؛ لأن هذا الأرش وجب بالجناية على النصف الذى ضمنه الأول وقد ضمن الأول كمال قيمة النصف فرجع بأرش الجناية عليه؛ كرجل غصب من رجل ثوبا فخرقه رجل ثم هلك الثوب وجاء صاحبه وضمن الغاصب كمال قيمة الثوب فإنه يرجع على الجانى بأرش الخرق فيحصل على الأول خمسة دراهم وعلى الثانى خمسة دراهم، فهذا يوافق قول المزنى فى الحكم وإن خالفه فى الطريق.

والثالث - وهو قول أبى الطيب بن سلمة -: أنه يجب على كل واحد منهما نصف قيمته حال الجناية ونصف أرش جنايته ويدخل النصف فيما ضمنه صاحبه كما قال أبو

إسحاق، إلا أنه قال: لا يعود من الثانى إلى الأول شىء ثم ينظر لما حصل على كل واحد منهما ويضم بعضه إلى بعض وتقسم عليه العشرة فيجب على الأول خمسة دراهم ونصف وعلى الثانى خمسة دراهم، فذلك عشرة ونصف، فتقسم العشرة على عشرة ونصف، فما يخص خمسة ونصفا يجب على الأول وما يخص خمسا يجب على الثانى.

والرابع - ما قال بعض أصحابنا -: أنه يجب على الأول أرش جنايته ثم تجب قيمته بعد ذلك بينهما نصفين ولا يجب على الثانى أرش جنايته فيجب على الأول درهم ثم تجب التسعة بينهما نصفان على كل واحد منهما أربعة دراهم ونصف، فيحصل على الأول خمسة دراهم ونصف، وعلى الثانى أربعة دراهم ونصف؛ لأن الأول انفرد بالجناية، فلزمه أرشها ثم اجتمع جناية الثانى وسراية الأول فحصل الموت منهما فكانت القيمة بينهما.

والخامس - ما قال بعض أصحابنا -: إن الأرش يدخل فى قيمة الصيد فيجب على الأول نصف قيمته حال الجناية وهو خمسة، وعلى الثانى نصف قيمته حال الجناية وهو أربعة ونصف ويسقط نصف درهم قال: لأنى لم أجد محلا أوجبه فيه.

والسادس - وهو قول أبى على بن خيران -: وهو أن أرش جناية كل واحد منهما يدخل فى القيمة فتضم قيمة الصيد عند جناية الأول إلى قيمة الصيد عند جناية الثانى فتكون تسعة عشر ثم تقسم العشرة على ذلك فما يخص عشرة فهو على الأول وما يخص تسعة فهو على الثانى.

وهذا أصح الطرق؛ لأن أصحاب الطرق الأربعة لا يدخلون الأرش فى بدل النفس، وهذا لا يجوز لأن الأرش يدخل فى بدل النفس وصاحب الطريق الخامس يوجب فى صيد قيمته عشرة تسعة ونصفا ويسقط من قيمته نصف درهم وهذا لا يجوز.

الشرح: هذا الفصل مع الفصل الذى قبله والفصل الذى بعده مرتبطة، ومسائلها متداخلة، وهى متشعبة، وقد لخصها الرافعى - رحمه الله تعالى - فأنا إن شاء الله تعالى أنقل ما ذكره، وأضم إليه ما تركه مع التنبيه على كلام المصنف، رحمه الله.

قال الرافعى: الاشتراك فى الصيد والازدحام عليه له أربعة أحوال:

الحال الأول: أن يتعاقب جرحان من اثنين، فالأول منهما إن لم يكن مذففا ولا

مزمنا، بل بقى على امتناعه، وكان الثانى مذففا أو مزمنا، فالصيد للثانى ولا شىء له على الأول بجراحته، وإن كان جرح الأول مذففا فالصيد للأول، وعلى الثانى أرش ما نقص من لحمه وجلده برميه، وإن كان جرح الأول مزمنا ملك الصيد به ونفصل[١] فى الثانى، فإن ذفف فقطع الحلقوم والمرىء فهو حلال للأول، وعلى الثانى للأول ما بين قيمته مذبوحا ومزمنا.

قال الإمام: إنما يظهر التفاوت إذا كان فيه حياة مستقرة.

وإن كان متألما بحيث لو لم يذبح لهلك، فعندى: أنه لا ينقص منه بالذبح شىء، فإن ذفف الثانى لا بقطع الحلقوم والمرىء أو لم يذفف ومات بالجرحين - فهو صيد، وكذا الحكم لو رمى إلى صيد فأزمنه ثم رمى إليه ثانيا وذفف لا بقطع المذبح، ويجب على الثانى كمال قيمة الصيد مجروحا إن كان ذفف، فإن كان جرح لا يذفف ومات بالجرحين، ففيما يجب عليه كلام له مقدمة نذكرها أولا وهى:

إذا جنى رجل على عبد إنسان أو بهيمته، أو صيد مملوك قيمته عشرة دنانير جراحة أرشها دينار، ثم جرحه آخر جراحة أرشها دينار أيضا فمات بالجرحين - ففيما يلزم الجارحين ستة أوجه مشهورة:

أحدها: يجب على الأول خمسة دنانير، وعلى الثانى أربعة ونصف؛ لأن الجرحين سريا وصارا قتلا، فلزم كل واحد نصف قيمته يوم حياته وهذا قول ابن سريج[٢]، وضعفه الأصحاب؛ لأن فيه ضياع نصف دينار على المالك.

والثانى - قاله المزنى وأبو إسحاق المروزى والقفال -: يلزم كل واحد خمسة دنانير؛ لأن كل واحد كان أرش جنايته دينارا فلزمه ثم مات بجرحيهما فلزمهما باقى قيمته وهى ثمانية بينهما نصفين فصار على كل واحد خمسة.

وعلى هذا، لو نقصت جناية الأول دينارا وجناية الثانى دينارين، لزم الأول أربعة ونصف ولزم الثانى خمسة ونصف، ولو نقصت جناية الأول دينارين وجناية الثانى دينارا انعكس، فيلزم الأول خمسة ونصف ويلزم الثانى أربعة ونصف، وضعف الأصحاب هذا الوجه أيضا؛ لأنه سوى بينهما مع اختلاف قيمته حال أخذهما[٣].

---

(١) فى أ: وننظر.
(٢) فى أ: شريح.
(٣) فى أ: جنايتهما.

والوجه الثالث، حكاه إمام الحرمين عن القفال أيضا: أنه يلزم الأول خمسة ونصف، والثانى خمسة؛ لأن جناية كل واحد نقصت دينارا ثم سريا والأرش يسقط إذا صارت الجناية نفسا، فيسقط عن كل واحد نصف الأرش؛ لأن الموجود منه نصف القتل.

واعترضوا على هذا بأن فيه زيادة الواجب على المتلف.

وأجاب القفال بأن الجناية قد تنجر إلى إيجاب زيادة؛ كمن قطع يدى عبد ثم قتله آخر.

وأجيب عنه بأن قاطع اليدين لا شركة له فى القتل، بل القتل يقطع أثر القطع ويقع موقع الاندمال، وهنا بخلافه.

والوجه الرابع، قاله أبو الطيب بن سلمة: يلزم كل واحد نصف قيمته يوم جنايته، ونصف الأرش لكن لا يزيد الواجب على القيمة، فيجمع ما لزمهما تقديرا، وهو عشرة ونصف، وتقسم القيمة وهى عشرة على العشرة والنصف ليراعى التفاوت بينهما، فيبسط أنصافا، فيكون إحدى وعشرين فيلزم الأول إحدى عشرة جزءا من إحدى وعشرين جزءا من عشرة، ويلزم الثانى عشرة من إحدى وعشرين من عشرة وهو ضعيف لإفراد أرش الجناية عن بدل[1] النفس.

والوجه الخامس، قاله صاحب التقريب وغيره، واختاره إمام الحرمين والغزالى: يلزم الأول خمسة ونصف، والثانى أربعة ونصف؛ لأن الأول لو انفرد بالجرح والسراية لزمه العشرة، فلا يسقط عنه إلا ما لزم الثانى، والثانى إنما جنى على نصف ما يساوى تسعة، وفيه ضعف أيضا.

والوجه السادس - قاله ابن خيران، واختاره صاحب الإفصاح، وأطبق العراقيون على ترجيحه - أنه يجمع بين القيمتين فيكون تسعة عشر، فيقسم عليه ما فوتا، وهى عشرة، فيكون على الأول عشرة أجزاء من تسعة عشر جزءا من عشرة، وعلى الثانى تسعة أجزاء من تسعة عشر جزءا من عشرة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

أما إذا كانت الجناة ثلاثة، وأرش كل جناية دينار، والقيمة عشرة، فعلى طريقة المزنى: يلزم كل واحد ثلاثة وثلث.

---

(١) فى أ: بذل.

وعلى الوجه الثالث: يلزم الأول أربعة منها ثلاثة وثلث، هى ثلث سهم القيمة، وثلثان هما ثلثا الأرش ويلزم الثالث ثلاثة منها ديناران وثلث هى ثلث القيمة يوم جنايته وثلثان هما ثلثا الأرش، فالجملة عشرة وثلثان.

وعلى الوجه الرابع: توزع العشرة على عشرة وثلثين.

وعلى الخامس: يلزم الأول أربعة وثلث ويلزم الثانى ثلاثة، والثالث ديناران وثلثان.

وعلى السادس: تجمع القيم فتكون سبعة وعشرين فتقسم العشرة عليها.

أما إذا جرح مالك العبد أو الصيد جراحة، وأجنبى أخرى، فينظر فى جناية المالك أهى الأولى؟ أم الثانية؟ ويخرج على الأوجه فتسقط حصته، وتجب حصة الأجنبى.

وعن القاضى أبى حامد المروزى: أن المذكور فى الجنايتين على العبد هو فيما إذا لم يكن للجناية أرش مقدر، فإن كان فليس العبد فيها كالبهيمة والصيد المملوك، حتى لو جنى على عبد غيره جناية ليس لها أرش مقدر، وقيمته مائة، فنقصت الجناية عشرة، ثم جنى آخر جناية لا أرش لها فنقصت عشرة أيضا، ومات العبد منهما:

فعلى الأول خمسة وخمسون، وعلى الثانى خمسون، يدفع منها خمسة إلى الأول.

قال: فلو قطع رجل يد عبد قيمته مائة، ثم قطع آخر يده الأخرى، لزم الأول نصف أرش اليد وهو خمسة وعشرون، ونصف القيمة[١] يوم جنايته وهو خمسون، ولزم الثانى نصف أرش اليد خمسة وعشرون، ونصف القيمة يوم جنايته وهو أربعون، فالجملة مائة وأربعون جميعها للسيد؛ لأن الجناية التى لها أرش مقدر يجوز أن يزيد واجبها على قيمة العبد؛ كما لو قطع يديه فقتله آخر.

هذا بيان المقدمة ونعود إلى [مسألة][٢] الصيد فنقول:

إذا جرح الثانى جراحة غير مذففة ومات الصيد بالجرحين، نظر: إن مات قبل أن يتمكن الأول من ذبحه لزم الثانى تمام قيمته مزمنا؛ لأنه صار ميتا بفعله بخلاف ما لو

(١) فى أ: قيمته.
(٢) سقط فى ط.

جرح شاة نفسه وجرحها آخر وماتت، فإنه لا يجب على الثانى إلا نصف القيمة؛ لأن كل واحد من الجرحين هناك حرام والهلاك حصل بهما، وهنا فعل الأول اكتساب وذكاة، ثم مقتضى كلام الأصحاب أن يقال: إذا كان الصيد يساوى عشرة غير مزمن وتسعة مزمنا لزم الثانى تسعة.

واستدرك صاحب التقريب فقال: فعل الأول وإن لم يكن إفسادا فيؤثر فى الذبح، وحصول الزهوق قطعا فينبغى أن يعتبر، فيقال: إذا كان غير مزمن يساوى عشرة، ومزمنا تسعة، ومذبوحا ثمانية، تلزمه ثمانية ونصف، فإن الدرهم أثر فى فواته الفعلان فوزع عليهما.

قال الإمام: وللنظر فى هذا مجال.

ويجوز أن يقال: المفسد يقطع أثر فعل الأول من كل وجه، والأصح ما ذكره صاحب التقريب.

وإن تمكن من ذبحه فذبحه لزم الثانى أرش جراحته إن نقص بها.

وإن لم يذبحه وتركه حتى مات فوجهان:

أحدهما: لا شيء على الثانى سوى أرش النقص؛ لأن الأول مقصر بترك الذبح.

وأصحهما: يضمن زيادة على الأرش ولا يكون تركه الذبح مسقطا للضمان؛ كما لو جرح رجل شاته فلم يذبحها مع التمكن لا يسقط الضمان.

فعلى هذا فيما يضمن وجهان:

قال الإصطخرى: يضمن كمال قيمته مزمنا؛ كما لو ذهب بخلاف ما إذا جرح عبده أو شاته وجرحه غيره أيضا؛ لأن كل واحد من الفعل هناك إفساد، والتحريم حصل بهما، وهنا الأول إصلاح.

والأصح قول جمهور الأصحاب: لا يضمن جميع القيمة بل هو كمن جرح عبده وجرحه غيره؛ لأن الموت حصل بهما، وكلاهما إفساد.

أما الثانى فظاهر:

وأما الأول؛ فلأن ترك الذبح مع التمكن يجعل الجرح وسرايته إفسادا، ولهذا لو لم يوجد الجرح الثانى فترك الذبح كان الصيد ميتة، فعلى هذا تجيء الأوجه فى كيفية التوزيع على الجرحين، فما هو فى حصة الأول يسقط، وتجب حصة الثانى، والله أعلم.

الحال الثانى: أن يقع الجرحان معا فينظر:

إن تساويا فى سبب الملك فالصيد بينهما، وذلك بأن يكون بكل[١] واحد منهما مذففا أو مزمنا أو[٢] انفردا وأحدهما مذففا والآخر مزمنا، وسواء تفاوت الجرحان صغرا وكبرا أو تساويا، أو كانا فى المذبح أو فى غيره أو أحدهما فيه، والآخر فى غيره.

وإن كان أحدهما مزمنا أو مذففا لو انفرد، والآخر غير مؤثر، فالصيد لمن ذفف أو أزمن، ولا ضمان على الثانى؛ لأنه لم يجرح ملك الغير، ولو احتمل أن يكون الإزمان بهما واحتمل أن يكون هذا دون ذاك، وذاك دون هذا، فالصيد بينهما فى ظاهر الحكم.

ويستحب أن يستحل كل واحد منهما الآخر تورعا، ولو علمنا أن أحدهما مذفف وشككنا هل الآخر[٣] أثر فى الإزمان والتذفيف أم لا؟

قال القفال: هو بينهما.

فقيل له: لو جرح رجل جراحة مذففة وجرحه آخر جراحة لا يدرى أمذففة هى أم لا؟ فمات فقال: يجب القصاص عليهما، قال الإمام: هذا بعيد، والوجه: تخصيص القصاص بصاحب المذففة، وفى الصيد يسلم نصفه لمن جرحه مذففا ويوقف نصفه بينهما إلى المصالحة أو تبين الحال، فإن لم يتوقع بيان جعل النصف الآخر بينهما نصفين، والله سبحانه أعلم.

الحال الثالث: إذا ترتب الجرحان وأحدهما مزمن لو انفرد والآخر مذفف وارد على المذبح، ولم يعرف السابق، فالصيد حلال، وإن اختلفا وادعى كل واحد أنه جرحه أولا وأزمنه، أو[٤] أنه له - فلكل واحد تحليف الآخر، فإن حلف فالصيد بينهما، ولا شىء لأحدهما على الآخر.

وإن حلف أحدهما فقط فالصيد له، وعلى الآخر أرش ما نقص بالذبح.

ولو ترتبا وأحدهما مزمن والآخر مذفف فى غير المذبح ولم يعرف السابق،

---

(١) فى أ: كل.
(٢) فى أ: لو.
(٣) فى أ: للآخر.
(٤) فى أ: و.

فالمذهب الذى قطع به الجمهور أن الصيد حرام؛ لاحتمال تقدم الإزمان فلا يحل بعده إلا بقطع الحلقوم والمرىء، وقيل قولان كمسألة الإيماء السابقة. ووجه الشبه اجتماع المبيح والمحرم.

والفرق على المذهب: أنه سبق هناك جرح يحال عليه.

فإن ادعى كل واحد أنه أزمنه أولا وأن الآخر أفسده، فالصيد حرام، ولكل واحد تحليف الآخر، فإن حلفا فلا شىء لأحدهما على الآخر، وإن حلف أحدهما لزم الثانى كل قيمته مزمنا.

ولو قال الجارح أولا: أزمنته أنا، ثم أفسدته أنت بقتلك، فعليك القيمة، وقال الثانى: لم تزمنه أنت بل كان على امتناعه إلى أن رميته فأزمنته، أو ذففته: فإن اتفقا على غير جراحة الأول وعلمنا أنه لا يبقى امتناع معها ككسر، وكسر رجل الممتنع بالعدو - فالقول قول الأول بلا يمين، وإلا فالقول قول الثانى؛ لأن الأصل بقاء الامتناع، فإن حلف فالصيد له ولا شىء على الأول، وإن نكل حلف الأول واستحق قيمته مجروحا الجراحة الأولى، ولا يحل الصيد؛ لأنه ميتة بزعمه.

وهل للثانى أكله؟ فيه وجهان:

قال القاضى أبو الطيب: لا؛ لأن إلزامه القيمة حكم بكونه ميتة.

وقال غيره: له أكله؛ لأن النكول فى خصومة الآدمى لا تغير الحكم فيما بينه وبين الله تعالى، ولو علمنا أن الجراحة المذففة سابقة على التى لو انفردت لكانت مزمنة فالصيد حلال.

فإن قال كل واحد: أنا ذففته فلكل واحد تحليف الآخر، فإن حلفا كان بينهما وإن حلف أحدهما كان له وعلى الآخر ضمان ما نقص.

فرع: قال الشافعى - رحمه الله تعالى - فى المختصر: لو رماه الأول والثانى ووجدناه ميتا ولم يدر أجعله الأول ممتنعا أم لا؟ لجعلناه[1] بينهما نصفين.

وقال فى الأم: حل أكله وكان بينهما نصفين.

واعترض عليه فقيل: ينبغى أن يحرم هذا الصيد لاجتماع ما يقتضى الإباحة والتحريم والأصل التحريم، وعلى تقدير الحل ينبغى ألا يكون بينهما بل يكون لمن

---

(١) فى أ: جعلناه.

أثبته منهما.

واختلف الأصحاب فى الجواب عن هذين الاعتراضين على ثلاثة أوجه:

أحدها: ترك ظاهر كلام الشافعى، وتسليم ما قاله المعترض وتأويل كلام الشافعى.

وأما قوله: إنه يحل أكله.

فأراد به: إذا عقره أحدهما فأثبته، ثم أصاب الثانى محل الذكاة، فقطع الحلقوم والمرىء أو أثبتاه ولم يصر فى حكم الممتنع، ثم أدركه أحدهما فذكاه فيحل أكله.

وأما قوله: إنه بينهما، فأراد: إذا كانت يدهما عليه، ولا يعلم مستحقه منهما فيقسم بينهما.

فأما إذا وجداه ميتا من الجراحتين فلا يحل أكله: فإن اتفقا على أن الثانى هو القاتل كان عليه القيمة. وإن اختلفا فيه حلف كل واحد منهما لصاحبه كما سبق.

قال أصحابنا: ولا يمتنع التصوير فيما ذكرناه فقد يجعل الشىء لاثنين، وإن كنا نعلمه فى الباطن لأحدهما، كمن مات عن اثنين مسلم ونصرانى ادعى كل واحد أن أباه مات على دينه.

والوجه الثانى: ترك ظاهر كلام الشافعى أيضا وتأويله على أن مراده صيد ممتنع برجله وجناحه كالحجل، فأصاب أحدهما رجله فكسرها وأصاب الآخر جناحه فكسره ففيه وجهان:

أحدهما: أنه بينهما؛ لأن امتناعه حصل بفعلها.

وأصحهما: أنه للثانى؛ لأنه كان ممتنعا بعد إصابة الأول.

وإنما زال امتناعه بإصابة الثانى فكان له.

فإن قلنا: بينهما، فالمسألة مفروضة فيه.

وإن قلنا: هو للثانى، لم يعلم الثانى منهما ويدهما عليه فكان بينهما.

والوجه الثالث - وهو قول أبى إسحاق المروزى -: أن النص على ظاهره، فإن أزمناه ومات الصيد ولم يدر هل أثبته الأول أم لا؟ فالأصل بقاؤه على، امتناعه إلى أن عقره الثانى، فيكون عقره ذكاة، ويكون بينهما؛ لاحتمال الإثبات من كليهما، ولا مزية لأحدهما.

قال صاحب البيان: فإن قيل: قد قلتم الأصل بقاؤه على الامتناع إلى أن رماه الثانى،

فكيف لم تزل بذلك يد الأول؟.

قلنا: هذا لا يزال به حكم اليد؛ ولهذا لو كان فى يده شىء يدعيه حكم له بذلك وإن كان الأصل عدم الملك، فدل على أن اليد أقوى من حكم الأصل.

ومن أصحابنا من قال: فى حل هذا الصيد قولان كمسألة الإيماء[١] السابقة، والله سبحانه أعلم.

الحال الرابع: إذا ترتبت[٢] الجرحان وحصل الإزمان بهما وكل واحد لو انفرد لم يزمن فوجهان:

أصحهما عند الجمهور: أن الصيد للثانى.

والثانى: أنه بينهما. ورجحه إمام الحرمين والغزالى.

فإن قلنا: إنه للثانى أو كان الجرح الثانى مزمنا لو انفرد، فلا شىء على الأول بسبب جرحه.

فلو عاد الأول بعد إزمان الثانى وجرحه جراحة أخرى نظر:

إن أصاب المذبح فهو حلال، وعليه للثانى ما نقص من قيمته بالذبح، وإلا فالصيد حرام. وعليه - إن ذفف - قيمته مجروحا بجراحته الأولى وجراحة الثانى.

وكذا إن لم يذفف ولم يتمكن الثانى من ذبحه، فإن تمكن وترك الذبح عاد الخلاف السابق.

فعلى أحد الوجهين: ليس على الأول إلا أرش الجراحة الثانية لتقصير المالك.

وعلى أصحهما: لا يقصد بالضمان عليه، وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: يلزمه نصف القيمة، وخرجه جماعة على الخلاف فيمن جرح عبدا مرتدا فأسلم ثم جرحه سيده ثم عاد الأول وجرحه ثانيا ومات منهما.

وفيما يلزمه وجهان:

أحدهما: ثلث القيمة.

والثانى: ربعها. قاله القفال.

فعلى هذا يجب هنا ربع القيمة.

---

(١) فى أ: الإنماء.

(٢) فى أ: ترتب.

وعن صاحب التقريب: أنه يعود فى التوزيع الأوجه الستة السابقة، واختار الغزالى وجوب تمام القيمة، والمذهب التوزيع كما سبق، والله تعالى أعلم.

فرع: الاعتبار فى الترتيب والمفسد[١]، بالإصابة، لا ببدء[٢] الرمى، والله أعلم.

فرع: لو أقام رجلان كل واحد منهما بينة أنه اصطاد هذا الصيد ففيه القولان فى تعارض البينتين:

أصحهما: سقوطها، ويرجع إلى قول من هو فى يده.

فرع: لو كان فى يده صيد فقال آخر: أنا اصطدته، فقال صاحب اليد: لا علم لى بذلك: قال ابن كج: لا نقنع منه بهذا الجواب، بل يدعيه لنفسه أو ليسلمه إلى مدعيه.

فرع: قال ابن المنذر: لو أرسل جماعة كلابهم على صيد فأدركه المرسلون قتيلا، وادعى كل واحد أن كلبه القاتل:

قال[٣] أبو ثور: إن مات الصيد بينهم فهو حلال، فإذا اختلفوا فيه وكانت الكلاب متعلقة به فهو بينها[٤]، وإن كان مع أحد الكلاب فهو لصاحب هذا الكلب، وإن كان قتيلا والكلاب ناحية أقرع بينهم، وأعطى كل واحد حصته بالقرعة.

وقال غير أبى ثور: لا تجىء القرعة، بل يوقف بينهم حتى يصطلحوا، فإن خيف فساده بيع ووقف الثمن بينهم حتى يصطلحوا، هذا كلام ابن المنذر.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: ومن ملك صيدا ثم خلاه ففيه وجهان:

أحدهما: يزول ملكه؛ كما لو ملك عبدا ثم أعتقه.

والثانى: لا يزول ملكه؛ كما لو ملك بهيمة ثم سيبها، وبالله التوفيق.

الشرح: قال أصحابنا: إذا ملك صيدا ثم أفلت منه لم يزل ملكه عنه بلا خلاف ومن أخذه لزمه رده إليه.

وسواء كان يدور فى البلد وحوله، أو التحق بالوحوش. ولا خلاف فى شىء من هذا.

---

(١) فى أ: والمعيد.
(٢) فى أ: بابتداء.
(٣) فى أ: فقال.
(٤) فى أ: بينهما.

ولو أرسله مالكه وخلاه ليرجع صيدا كما كان فهل يزول ملكه عنه؟ فيه وجهان مشهوران، ذكرهما المصنف بدليلهما:

أصحهما باتفاق الأصحاب: لا يزول.

وهو المنصوص؛ كما لو أرسل بهيمته ونوى إزالة ملكه عنها، فإنه لا يزول بلا خلاف، ولأنه يشبه سوائب الجاهلية، وقد قال الله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ﴾ [المائدة: ١٠٣].

وفي المسألة وجه ثالث: وهو قول أبي على الطبرى في الإفصاح، وحكاه الأصحاب عنه أنه إن كان قصد بإرساله التقرب إلى الله تعالى زال ملكه، وإلا فلا.

والمذهب والمنصوص: أنه لا يزول مطلقا.

قال أصحابنا: فإن قلنا: يزول، عاد مباحا، فمن صاده ملكه.

وإن قلنا: لا يزول، لم يجز لغيره أن يصيده إذا عرفه.

فإن قال عند إرساله: أبحته لمن أخذه حصلت الإباحة، ولا ضمان على من أكله، لكن لا ينفذ تصرف الآخذ فيه ببيع ونحوه.

وإذا قلنا بالوجه الثالث فأرسله تقربا إلى الله تعالى فهل يحل اصطياده؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ كالعبد المعتق.

وأصحهما: نعم؛ لأنه رجع للإباحة، ولئلا يصير في معنى سوائب الجاهلية، والله تعالى أعلم.

فرع: لو ألقى كسرة خبز معرضا عنها، فهل يملكها من أخذها؟ فيه وجهان حكاهما إمام الحرمين وغيره[1]، قالوا: وهما مرتبان على إرسال الصيد، وأولى بألا تملك، بل تبقى على ملك الملقي؛ لأن سبب الملك في الصيد اليد وقد أزالها، ورده إلى الإباحة.

قال إمام الحرمين: هذا الخلاف في زوال الملك وأما الإباحة فحاصلها[2] لمن أراد أكلها على ظاهر المذهب؛ لأن القرائن الظاهرة كافية في الإباحة هذا لفظ

---

(١) في أ: وغيرهما.
(٢) في أ: فحاصله.

الإمام.

قال الرافعى: ويوضحه ما نقل عن الصالحى من التقاط السنابل. هذا كلام الرافعى.

قلت: الأصح الذى قطع به المصنف فى التفسير[١] وغيره من الأصحاب: أنه يملك ما تركه الوارث[٢] إعراضا، كالكسرة وغيرها[٣] من الطعام والسنابل وأما[٤] الذى يصيبه فى شىء ونحو ذلك، ويصح تمزق[٥] الآخذ فيه بالتتبع[٦] وغيره، هذا ظاهر قول[٧] السلف ، ولم ينقل أنهم منعوا التصرف فى شىء من ذلك، والله أعلم.

فرع: قد سبق فى [باب أخريات][٨] الأطعمة أن الثمار الساقطة من الأشجار إن كانت داخل الجدار لم تحل، وإن كانت خارجة فكذلك إن لم تجر عاداتهم بإباحتها، فإن جرت بذلك فهل تجرى العادة المطردة مجرى الإباحة؟ فيه وجهان:

أصحهما: تجرى وسبق هناك حكم الأكل من مال صديقه، ومن مال الأجنبى وثماره وزرعه، والله أعلم.

ولو أعرض عن جلد ميتة فأخذه غيره فدبغه، ملكه على المذهب؛ لأنه لم يكن مملوكا للأول وإنما كان له اختصاص فضعف بالإعراض.

ولو أعرض عن خمر فأخذها غيره فتخللت عنده ففيه تفصيل وخلاف سنذكره فى آخر كتاب الغصب حيث ذكره المصنف إن شاء الله تعالى.

فرع: لو صاد صيدا عليه أثر ملك، بأن كان مرسوما أو مقرطا أو مخضوبا أو مقصوص الجناح لم يملكه الصائد، بل هو لقطة؛ لأنه يدل على أنه كان مملوكا فأفلت، ولا ينظر إلى احتمال أنه صاده محرم ففعل به ذلك ثم أرسله؛ لأنه تقدير

---

(١) فى أ: التنبيه.
(٢) فى أ: المالك.
(٣) فى أ: ونحوهما.
(٤) فى أ: والماء.
(٥) فى أ تصرف.
(٦) فى أ: بالبيع.
(٧) فى أ: أقوال.
(٨) فى أ: آخر باب.

بعيد، وهذا كله لا خلاف فيه.

فرع: لو صاد سمكة فوجد فى جوفها[١] درة مثقوبة لم تملك الدرة، بل تكون لقطة، وإن كانت غير مثقوبة فهى له مع السمكة، ولو اشترى سمكة فوجد فى جوفها درة غير مثقوبة فهي للمشترى، وإن كانت مثقوبة فهى للبائع إن ادعاها، كذا ذكر المسألة البغوى.

قال الرافعى: يشبه أن يقال: الدرة للصائد كالكنز الموجود فى الأرض يكون لمحييها.

فصل: إذا تحول بعض حمام برجه إلى برج غيره، قال أصحابنا: إن كان المتحول ملكا للأول لم يزل ملكه عنه، ويلزم الثانى رده، فإن حصل [بينهما][٢] بيض أو فرخ فهو تبع للأنثى دون الذكر، وإن[٣] ادعى تحول حمامه إلى برج غيره لم يصدق إلا ببينة، والورع أن يصدقه إلا أن يعلم كذبه.

فإن كان المتحول مباحا دخل برج الأول ثم تحول إلى الثانى فعلى الخلاف السابق فى دخول الصيد ملكه.

فإن قلنا بالأصح: إنه لا يملكه.

والثانى: إنه يملكه.

ومن دخل برجه حمام وشك هل هو مباح أو مملوك؟ فهو أولى به، وله التصرف فيه؛ لأن الظاهر أنه مباح، وإن تحقق أنه اختلط بملكه ملك غيره وعسر التمييز، فقد قال البغوى: لو اختلطت حمامة واحدة بحماماته فله أن يأكل بالاجتهاد واحدة واحدة، حتى تبقى واحدة؛ كما لو اختلطت ثمرة الغير بثمره.

والذى حكاه الروياني: أنه ليس له أن يأكل واحدة منها حتى يصالح ذلك الغير أو يقاسمه.

قال: ولهذا قال بعض مشايخنا ينبغى للورع أن يتجنب[٤] طير البروج، وأن يجتنب بناءها.

---

(١) فى أ: بطنها.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: ولو.
(٤) فى أ: يجتنب.

ونقل الإمام وغيره أنه ليس لواحد منهما التصرف فى شىء منها ببيع أو هبة لثالث؛ لأنه لا يتحقق الملك، ولو باع أحدهما أو وهب الآخر صح على أصح الوجهين وتحتمل الجهالة للضرورة، ولو باع الحمام المختلط كله أو بعضه لثالث، ولا يعلم واحد منهما عين ماله، فإن كانت الأعداد معلومة كمائتين ومائة، والقيمة متساوية ووزعا الثمن على أعدادها صح البيع باتفاق الأصحاب، وإن جهلا العدد لم يصح البيع؛ لأنه لا يعلم كل واحد حصته من الثمن، فالطريق أن يقول كل واحد منهما: بعتك الحمام الذى فى هذا البرج بكذا فيكون الثمن معلوما، ويحتمل الجهل فى المبيع للضرورة.

قال الغزالى فى الوسيط: لو تصالحا على شىء صح البيع واحتمل الجهل بقدر المبيع.

ويقرب من هذا ما أطلقه الأصحاب من مقاسمتهما.

قال أصحابنا: وقد يجوز للضرورة المسامحة ببعض الشروط المعتبرة فى حال الاختيار؛ كالكافر إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة، ومات قبل الاختيار، فإنه يصح اصطلاحهن على القسمة بالتساوى وبالتفاوت مع الجهل بالاستحقاق، فيجوز أن تصح القسمة هنا أيضا بحسب تراضيهما، ويجوز أن يقال: إذا قال كل واحد: بعت ما لى من حمام هذا البرج بكذا، والأعداد مجهولة، يصح أيضا مع الجهل بما يستحقه كل واحد منهما.

والمقصود أن ينفصل الأمر بحسب ما يتراضيان عليه، ولو باع أحدهما جميع حمام البرج بإذن الآخر فيكون أصلا فى البعض، ووكيلا فى البعض، جاز، ثم يقتسمان الثمن.

فرع: لو اختلطت حمامة مملوكة أو حمامات بحمامات مباحة محصورة لم يجز الاصطياد منها، ولو اختلطت بحمام ناحية جاز الاصطياد فى الناحية، ولا يتغير حكم ما لا يحصر فى العادة باختلاط ما ينحصر به، ولو اختلط حمام أبراج مملوكة لا تكاد تحصر بحمام بلدة أخرى مباحة، ففى جواز الاصطياد منها وجهان:

أصحهما: الجواز. وإليه مال معظم الأصحاب.

ومن أهم ما يجب معرفة ضبطه[1] العدد المحصور؛ فإنه يتكرر فى أبواب الفقه،

(١) فى أ: معرفة ضبط.

وقل من ينبه عليه.

قال الغزالى فى الإحياء فى كتاب الحلال والحرام: تحديد هذا غير ممكن، فإنما يضبط بالتقريب، قال: فكل عدد لو اجتمع فى صعيد واحد يعسر على الناظر عدهم بمجرد النظر كالألف ونحوه، فهو غير محصور، وما سهل كالعشرة والعشرين فهو محصور.

وبين الطرفين أوساط متشابهة تلحق بأحد الطرفين بالظن، وما وقع فيه الشك استفتى فيه القلب. والله تعالى أعلم.

فرع: إذا انصبت حنطته على حنطة غيره، أو انصب مائعه فى مائعه، وجهلا قدرهما فحكمه ما سبق فى الحمام المختلط.

فرع: [لو ملك الماء بالاستسقاء ثم انصب فى نهر، لم يزل ملكه عنه ولا يمنع الناس من الاستسقاء، وهو فى معنى اختلاط المحصور بغير محصور][(١)].

فرع: ولو اختلط درهم حرام أو دراهم بدراهمه ولم يتميز أو دهن بدهن أو غيره من المائعات ونحو ذلك، قال الغزالى فى الإحياء وغيره من أصحابنا: طريقه أن يفصل قدر الحرام فيصرفه إلى الجهة التى يجب صرفه فيها، ويبقى الباقى له يتصرف فيه بما أراد، والله تعالى أعلم.

ومن هذا الباب ما إذا اختلطت دراهم أو حنطة ونحوها لجماعة، أو غصب منهم وخلطت ولم تتميز، فطريقه أن يقسم الجميع بينهم على قدر حقوقهم.

وأما ما يقوله العوام: اختلاط الحلال بالحرام يحرمه فباطل لا أصل له، وسيأتى بسط المسألة بأدلتها فى كتاب الغصب إن شاء الله تعالى، والله سبحانه أعلم.

* * *

---

(١) سقط فى ط.

كتاب البيوع

قال المصنف رحمه الله تعالى: البيع جائز والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة:٢٧٥] وقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء:٢٩]. .

الشرح: قوله تعالى : ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً﴾ [النساء: ٢٩] هو استثناء منقطع، أى لكن لكم أكلها بتجارة عن تراض منكم. . . . . .

قال العلماء : خص الله سبحانه وتعالى الأكل بالنهى تنبيها على غيره، لكونه معظم المقصود من المال، كما قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ظُلْمًا﴾ [النساء: ١٠] وقوله تعالى : ﴿ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وأجمعت الأمة على أن التصرف فى المال بالباطل حرام سواء كان أكلا أو بيعا أو هبة أو غير ذلك. . . .

وقوله تعالى ﴿بِٱلْبَـٰطِلِ﴾ [النساء: ٢٩] قال ابن عباس وغيره : إلا بحقها قال أهل المعانى: الباطل اسم جامع لكل ما لا يحل فى الشرع كالربا والغصب والسرقة والخيانة وكل محرم ورد الشرع به، قال الواحدى : أجمعوا على أن هذا الاستثناء منقطع.

وقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً﴾ [النساء: ٢٩] فيها قراءتان : الرفع والنصب، فمن رفع جعل كان تامة، إلا أن تقع تجارة، ومن نصب قال : تقديره : إلا أن يكون المأكول تجارة أو إلا أن تكون الأموال أموال تجارة فحذف المضاف، قال الواحدى: والأجود الرفع؛ لأنه أدل على انقطاع الاستثناء ولأنه لا يحتاج إلى إضمار . .

وأما صاحب الحاوى فبسط تفسير الآية فى الحاوى فقال: قوله تعالى: ﴿أَمْوَٰلَكُم﴾ [النساء: ٢٩] فيه تأويلان :

أحدهما: المراد مال كل إنسان فى نفسه، أى لا يصرفه فى المحرمات.

والثانى: معناه لا يأخذ بعضكم مال بعض كما قال تعالى : ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]. .

وقوله: بالباطل، قيل : معناه الصرف فى المحرمات، وقيل : النهب والغارات.

والثالث: التجارات الفاسدة ونحوها.

والمختار ما قدمنا عن ابن عباس وأهل المعانى، والله تعالى أعلم .

وأما قوله تعالى : ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥] فقد ذكر الشافعى -رحمه الله- فى كتاب الأم تفسيرها مستوفى مع اختصار، وشرحه صاحب الحاوى فقال : قال الشافعى: ومعنى الآية أربعة أقوال: .

أحدها: أنها عامة فإن لفظها لفظ عموم يتناول كل بيع، ويقتضى إباحة جميعها إلا ما خصه الدليل، وهذا القول أصحها عند الشافعى وأصحابنا . قال فى الأم : هذا أظهر معانى الآية . قال صاحب الحاوى والدليل لهذا القول أن النبى ﷺ نهى عن بيوع كانوا يعتادونها ولم يبين الجائز، فدل على أن الآية الكريمة تناولت إباحة جميع البيوع إلا ما خص منها، وبين ﷺ المخصوص، قال : فعلى هذا فى العموم قولان:

أحدهما: أنه عموم أريد به العموم، وإن دخله التخصيص.

والثانى: أنه عموم أريد به الخصوص، قال : والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن العموم المطلق الذى يراد به العموم، وهو ما يجرى على عمومه، وإن دخله تخصيص كان الخارج منه بالتخصيص أقل مما بقى على العموم .

والوجه الثانى: أن البيان فيما أريد به الخصوص مقدم على اللفظ، وفيما أريد به العموم متأخر عن اللفظ أو مقترن به، قال : وعلى القولين جميعا يجوز الاستدلال بهذه الآية الكريمة فى المسائل المختلف فيها، ما لم يقم دليل تخصيص، وإخراجها من العموم.

والقول الثانى: من الأقوال الأربعة : إنها مجملة لا يعقل منها صحة بيع من فساده إلا ببيان النبى ﷺ، ودليله أن فى البياعات الجائز وغيره، وبين فى الآية ما يميز هذا من ذاك، فاقتضت كونها مجملة، فعلى هذا هل هى مجملة بنفسها ؟ أم بعارض ؟ فيه وجهان لأصحابنا.

أحدهما: أنها مجملة بنفسها؛ لأن قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] يقتضى جواز البيع متفاضلا، وقوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥] يقتضى تحريم بيع الربوى متفاضلا فصار آخرها معارضا لأولها، فحصل الإجمال فيها بنفسها. . .

والثانى: أنها مجملة بغيرها؛ لأنها جواز كل بيع من غرر ومعدوم وغيرهما وقد وردت السنة بالنهى عن بيع الغرر وبيع الملامسة وغيرهما فوقع الإجمال فيها بغيرها، قال : ثم اختلف أصحابنا فى الإجمال على وجهين:

أحدهما: أن الإجمال وقع فى المعنى المراد به دون صيغة لفظها؛ لأن لفظ البيع اسم لغوى ولم يرد من طريق الشرع، ومعناه معقول، لكن لما قام بإزائه من الشبه ما يعارضه، تدافع العمومان وحدهما ولم يتعين المراد منهما إلا ببيان الشبه، فصارا مجملين لهذا المعنى؛ لأن هذا اللفظ مشكل المعنى

والثانى: أن اللفظ محتمل، والمعنى المراد منه مشكل؛ لأنه لما لم يكن المراد من اللفظ ما وقع عليه الاسم وتبينا أن له شرائط لم تكن معقولة فى اللغة، خرج اللفظ بالشرائط عن موضوعه فى اللغة إلى ما استقرت عليه شرائط الشرع، وإن كان له فى اللغة معان معقولة؛ كما قلنا فى الصلاة إنها مجملة لأنها متضمنة شرائط لم تكن معقولة فى اللغة كالخضوع، فكذلك البيع.

قال الماوردى: وعلى الوجهين لا يجوز الاستدلال بها على صحة بيع ولا فساده، وإن دلت على صحة البيع من أصله، قال: وهذا هو الفرق بين العموم والمجمل حيث جاز الاستدلال بظاهر العموم، ولم يجز الاستدلال بظاهر المجمل، والله أعلم.

والقول الثالث من الأربعة: يتناولهما جميعا فيكون عموما دخله التخصيص، ومجملا لحقه التفسير، لقيام الدلالة عليها، قال الماوردى: واختلف أصحابنا فى وجه دخول ذلك فيهما على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن العموم فى اللفظ والإجمال فى المعنى، فيكون اللفظ عاما مخصوصا، والمعنى مجملا لحقه التفسير.

والثانى: أن العموم فى قوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] والإجمال فى قوله: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]. . .

والثالث: أنه كان مجملا، فلما بينه النبى ﷺ صار عاما، فيكون داخلا فى المجمل قبل البيان، وفى العموم بعد البيان، قال : فعلى هذا الوجه يجوز الاستدلال بظاهرها فى البيوع المختلف فيها كالقول الثانى.

والقول الرابع: إنها تناولت بيعا معهودا، ونزلت بعد أن أحل النبى ﷺ بيوعا

وحرم بيوعا، فقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] أى البيع الذى بينه النبى ﷺ من قبل، وعرفه المسلمون منه، فتناولت الآية بيعا معهودا؛ ولهذا دخلت الألف واللام لأنهما للعهد أو للجنس، ولا يكون الجنس هنا مرادا لخروج بعضه عن التحليل، فعلم أن المراد العهد، فعلى هذا لا يجوز الاستدلال بظاهرها على صحة بيع ولا فساده، بل يرجع فيما اختلف فيه إلى الاستدلال بما تقدمها من السنة التى عرف بها البيوع الصحيحة، فيحصل الفرق بينها وبين المجمل من وجه، وبينها وبين العموم من وجهين .

فأما الوجه الواحد: فهو أن بيان النبى ﷺ للبيوع كان قبل نزولها، وبيان المجمل يكون مقترنا للفظ، أو متأخرا عنه على مذهب من يجوز تأخير البيان، وأما الوجهان:

فأحدهما: ما سبق من تقديم البيان فى المعهود، وإقرار بيان التخصيص بالعموم.

والثانى: جواز الاستدلال بظاهر العموم دون ظاهر المعهود، هذا آخر كلام الماوردى، وذكر أصحابنا نحوه، واتفقوا على نقل هذه الأقوال الأربعة عن الشافعى، واتفقوا على أن أصحها عند الشافعى أن الآية عامة تتناول كل بيع إلا ما نهى الشرع عنه، والله أعلم.

فرع: أما الحكم الذى ذكره المصنف وهو جواز البيع، فهو مما تظاهرت عليه دلائل الكتاب والسنة وإجماع الأمة، وأجمعت الأمة على أن المبيع بيعا صحيحا يصير بعد انقضاء الخيار ملكا للمشترى، قال الغزالى فى أول بيوع الوسيط : أجمعت الأمة على أن البيع سبب لإفادة الملك، والله سبحانه وتعالى أعلم .

فرع: قال أصحابنا: وإذا انعقد البيع لم يتطرق إليه الفسخ إلا بأحد سبعة أسباب: وهى خيار المجلس، وخيار الشرط، وخيار العيب، وخيار الخلف، بأن كان شرطه كاتبا فخرج غير كاتب، والإقالة، والتخالف، وتلف المبيع، وأما خيار الرؤية ففى بيع الغائب إذا جوزناه فهو ملتحق فى المعنى بخيار الشرط، والله تعالى أعلم.

فرع: قال ابن قتيبة وغيره: يقال: بعت الشىء بمعنى بعته وبمعنى شريته، ويقال شريت الشىء بمعنى شريته وبعته، وأكثر الاستعمال: بعته إذا أزلت الملك فيه بالمعاوضة، واشتريته إذا تملكته بها.

قال الأزهرى: العرب تقول: بعت بمعنى بعت ما كنت ملكته، وبعت بمعنى

اشتريت، قال: وكذلك شريت بالمعنيين، قال: وكل واحد مبيع وبائع؛ لأن الثمن والمثمن كل منهما مبيع، ويقال: بعته أبيعه فهو مبيع ومبيوع، مخيط ومخيوط.

قال الخليل: والمحذوف من مبيع واو مفعول؛ لأنها زائدة، فهى أولى بالحذف.

وقال الأخفش: المحذوف عين الكلمة.

قال المازنى: كلاهما حسن، وقول الأخفش أقيس، والابتياع الاشتراء، وبايعته وتبايعنا واستبعته سألته أن يبيعنى، وأبعت الشىء عرضته للبيع، وبيع الشىء - بكسر الباء وضمها والكسر أفصح - وبوع - بضم الباء وبالواو - لغة فيه، وكذلك القول فى: كيل وقيل.

وأما الشراء ففيه لغتان مشهورتان:

أفصحهما: المد.

والثانية: القصر.

فمن مد كتبه بالألف وإلا فالياء، وجمعه أشرية وهو جمع نادر، ويقال: شريت الشىء أشريه شريا إذا بعته، وإذا اشتريته كما سبق، فهو من الأضداد على اصطلاح اللغويين، ومن المشترك على اصطلاح الأصوليين، قول الله تعالى: ﴿وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يَشْرِى نَفْسَهُ﴾ [البقرة:٢٠٧] وقال تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾ [يوسف:٢٠] وأما حقيقة البيع فى اللغة فهو مقابلة المال بالمال، وفى الشرع مقابلة المال بمال أو نحوه تمليكا.

فرع: أركان البيع ثلاثة: العاقدان والصيغة والمعقود عليه، وشرط العاقد أن يكون بالغا عاقلا مختارا بصيرا، غير محجور عليه ويشترط إسلام المشترى إن كان المبيع عبدا مسلما، أو مصحفا، وعصمته إن كان المبيع سلاحا.

وشروط المبيع خمسة، أن يكون طاهرا منتفعا به معلوما مقدورا على تسليمه مملوكا لمن يقع العقد له، ويدخل فى الضابط أم الولد والمرهون والموقوف والمكلف والجانى - إذا منعنا بيعهما - والمنذور إعتاقه، وهذا الحد ناقص؛ لأنه يرد عليه المجهول والمعجوز عن تسليمه وغير المملوك، فالصواب الحد الأول وهذه الشروط ستأتى مفصلة إن شاء الله تعالى فى مواضعها.

فرع: سبق فى آخر[1] باب الأطعمة الخلاف فى أن أطيب المكاسب التجارة؟ أم

(١) فى أ: أواخر.

الزراعة؟ أم الصنعة؟

فصل: فى الورع فى البيع وغيره واجتناب الشبهات.

قال الله تعالى: ﴿وَتَحْسَبُونَهُ هَيِّنًا وَهُوَ عِندَ اللَّهِ عَظِيمٌ﴾ [النور: ١٥] وقال تعالى: ﴿إِنَّ رَبَّكَ لَبِالْمِرْصَادِ﴾ [الفجر: ١٤].

وعن النعمان بن بشير رضى الله عنهما قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إِنَّ الْحَلَالَ بَيِّنٌ وَإِنَّ الْحَرَامَ بَيِّنٌ، وَبَيْنَهُمَا شُبُهَاتٌ لَا يَعْلَمُهُنَّ كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ، فَمَنِ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعِرْضِهِ، وَمَنْ وَقَعَ فِى الشُّبُهَاتِ وَقَعَ فِى الْحَرَامِ، كَالرَّاعِى يَرْعَى حَوْلَ الْحِمَى يُوشِكُ أَنْ يَرْتَعَ فِيهِ، أَلَا وَإِنَّ لِكُلِّ مَلِكٍ حِمًى، أَلَا وَإِنَّ حِمَى اللَّهِ مَحَارِمُهُ، أَلَا وَإِنَّ فِى الْجَسَدِ مُضْغَةً إِذَا صَلُحَتْ صَلُحَ الْجَسَدُ كُلُّهُ، وَإِذَا فَسَدَتْ فَسَدَ الْجَسَدُ كُلُّهُ، أَلَا وَهِىَ الْقَلْبُ» (١) رواه البخارى ومسلم من طرق كثيرة، وهو أحد الأحاديث التى عليها مدار الإسلام، وقد اختلف فى عددها، وقد جمعتها فى كتاب الأربعين.

وعن أنس: «أَنَّ النَّبِى ﷺ وَجَدَ تَمْرَةً فِى الطَّرِيقِ فَقَالَ: لَوْلَا أَنِّى أَخَافُ أَنْ تَكُونَ مِنَ الصَّدَقَةِ لأَكَلْتُهَا» (٢) رواه البخارى ومسلم.

وعن النواس بن سمعان عن النبى ﷺ قال: «الْبِرُّ حُسْنُ الْخُلُقِ، وَالْإِثْمُ مَا حَاكَ فِى نَفْسِكَ وَكَرِهْتَ أَنْ يَطَّلِعَ عَلَيْهِ النَّاسُ» (٣) رواه مسلم. حاك - بالحاء المهملة والكاف - أى: تردد فيه.

وعن وابصة بن معبد - رضى الله عنه - قال: «أَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: جِئْتَ تَسْأَلُ عَنِ الْبِرِّ؟ قُلْتُ: نَعَمْ. قَالَ: اسْتَفْتِ قَلْبَكَ، الْبِرُّ مَا اطْمَأَنَّتْ إِلَيْهِ النَّفْسُ،

---

(١) أخرجه البخارى فى الصحيح (١/ ١٢٦) كتاب الإيمان باب فضل من استبرأ لدينه (٥٢)، وفى (٤/ ٢٩٠) كتاب البيوع باب الحلال بين والحرام بين (٢٠٥١)، ومسلم (٣/ ١٢١٩ - ١٢٢٠) كتاب المساقاة باب أخذ الحلال وترك الشبهات (١٠٧/ ١٥٩٩).

(٢) أخرجه البخارى (٥/ ٣٧١) فى كتاب اللقطة باب إذا وجد تمرة فى الطريق (٢٤٣١)، (٢٤٣٢)، ومسلم (٢/ ٧٥١) كتاب الزكاة باب تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ (١٦٢، ١٦٣ و١٠٧٠) (١٦٤ - ١٠٧١).

(٣) أخرجه مسلم (٤/ ١٩٨١) فى كتاب البر والصلة باب تفسير البر والإثم (١٤/ ٢٥٥٣)، والبخارى فى الأدب المفرد (٢٩٥و٣٠٢)، وأحمد (٤/ ١٨٢)، والترمذى (٤/ ١٩٦) فى باب ما جاء فى البر والإثم (٢٣٨٩) قال حسن صحيح، وابن حبان (٣٩٧)، والحاكم (٢/ ١٤)، والبيهقى (١٠/ ١٩٢)، والبغوى (٣٣٨٨).

وَاطْمَأَنَّ إِلَيْهِ الْقَلْبُ، وَالإِثْمُ مَا حَاكَ فِى النَّفْسِ وَتَرَدَّدَ فِى الصَّدْرِ، وَإِنْ أَفْتَاكَ النَّاسُ وَأَفْتُوكَ»[(١)] حديث حسن، رواه أحمد بن حنبل والدارمى فى مسنديهما.

وعن عقبة بن الحارث - رضى الله عنه -: «أَنَّهُ تَزَوَّجَ امْرَأَةً[(٢)] لِأَبِى إِهَابِ بْنِ عَزِيزٍ فَأَتَتْهُ امْرَأَةٌ فَقَالَتْ: إِنِّى قَدْ أَرْضَعْتُ عُقْبَةَ وَالَّتِى تَزَوَّجَ بِهَا، فَقَالَ لَهَا: مَا أَعْلَمُ أَنَّكِ أَرْضَعْتِنِى وَلَا أَخْبَرْتِنِى، فَرَكِبَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِالْمَدِينَةِ فَسَأَلَهُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: كَيْفَ وَقَدْ قِيلَ؟! فَفَارَقَهَا عُقْبَةُ وَنَكَحَتْ زَوْجًا غَيْرَهُ»[(٣)] رواه البخارى.

إهاب، بكسر الهمزة، وعزيز، بفتح العين بزاى مكررة.

وعن الحسن بن على - رضى الله عنهما - قال: «حَفِظْتُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ دَعْ مَا يَرِيبُكَ إِلَى مَا لَا يَرِيبُكَ»[(٤)] رواه الترمذى، وقال: حديث حسن صحيح، معناه: اترك ما تشك فيه، وخذ ما لا تشك فيه.

وعن عطية بن عروة السعدى الصحابى - رضى الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «لَا يَبْلُغُ الْعَبْدُ أَنْ يَكُونَ مِنَ الْمُتَّقِينَ حَتَّى يَدَعَ مَا لَا بَأْسَ بِهِ حَذَرًا لِمَا بِهِ الْبَأْسُ»[(٥)] رواه الترمذى وقال: هو حديث حسن.

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ٢٢٧)، والطحاوى فى مشكل الآثار (٣/ ٣٤)، وذكره الهيثمى فى المجمع (١٠/ ٢٩٧)، وعزاه لأحمد والطبرانى عن وابصة بن معبد وقال: ورجال أحد إسنادى الطبرانى ثقات.

(٢) فى أ: ابنة.

(٣) أخرجه البخارى (٩/ ٥٦) كتاب النكاح باب شهادة المرضعة (٥١٠٤)، والبغوى فى شرح السنة (٥/ ٦٧) فى كتاب النكاح باب شهادة المرضعة على الرضاع (٢٢٧٩).

(٤) أخرجه أحمد فى المسند ١/ ٢٠٠، والترمذى فى السنن ٤/ ٦٦٨ كتاب صفة القيامة (٢٥١٨)، وقال: حسن صحيح، وأخرج القسم الأول إلى قوله «... ما لا يريبك»، الدارمى فى السنن ٢/ ٢٤٥ كتاب البيوع باب: دع ما يريبك إلى ما لا يريبك والنسائى فى المجتبى من السنن ٨/ ٣٢٧ - ٣٢٨ كتاب الأشربه باب الحث على ترك الشبهات (٥٧١١)، وأخرجه ابن حبان فى صحيحه، وأورده الهيثمى فى موارد الظمآن ص١٣٧ كتاب المواقيت باب ما جاء فى القنوت ٥١٢، والحاكم فى المستدرك ٢/ ١٣ كتاب البيوع باب دع ما يريبك، كلاهما بلفظ فإن الخير طمأنينه، وإن الشر ريبه صححه الحاكم وأقره الذهبى.

(٥) أخرجه عبد بن حميد فى المسند (٤٨٤)، والترمذى (٤/ ٢٤٢) (٢٤٥١)، وقال حسن غريب، وابن ماجه (٥/ ٦١٩) فى كتاب الزهد باب الورع والتقوى (٤٢١٥)، والطبرانى فى الكبير (١٧/ ٤٤٦)، والحاكم (٤/ ٣١٩).

من طريق عبدالله بن يزيد عن ربيعة بن يزيد وعطية بن قيس عن عطية السعدى مرفوعًا به.

=

قال البخارى: وقال حسان بن أبى سنان: «ما رأيت شيئا أهون من الورع، دع ما يريبك إلى ما لا يريبك» وحسان هذا من تابعى التابعين روى عن الحسن البصرى.

فصل: عن أبى حميد الساعدى - رضى الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: «أَجْمِلُوا فِى طَلَبِ الدُّنْيَا فَإِنَّ كُلًّا مُيَسَّرٌ لِمَا[1] كُتِبَ لَهُ مِنْهَا »[2] رواه البيهقى بإسناد صحيح، ورواه ابن ماجه بإسناد ضعيف.

وعن جابر - رضى الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «لَا تَسْتَبْطِئُوا الرِّزْقَ فَإِنَّهُ لَمْ يَكُنْ عَبْدٌ يَمُوتُ حَتَّى يَبْلُغَهُ بِآخِرِ[3] رِزْقٍ هُوَ لَهُ، فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَجْمِلُوا فِى الطَّلَبِ مِنَ الْحَلَالِ وَتَرْكِ الْحَرَامِ» [4] رواه ابن ماجه والبيهقى.

فصل: فى النهى عن اليمين فى البيع.

عن أبى هريرة رضى الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الْحَلِفُ مَنْفَقَةٌ لِلسِّلْعَةِ مَمْحَقَةٌ لِلرِّبْحِ»[5]، وفى رواية: «لِلْبِرِّ[6]، وَفِى رِوَايَةٍ: لِلْكَسْبِ»[7] رواه البخارى ومسلم.

وعن أبى قتادة - رضى الله عنه - أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «إِيَّاكُمْ وَكَثْرَةَ الْحَلِفِ فَإِنَّهُ يُنَفِّقُ ثُمَّ يَمْحَقُ »[8] رواه مسلم.

= قلت: هذا الإسناد فيه عبدالله بن يزيد وهو الدمشقى قال عنه الحافظ فى التقريب ص ٥٥٨: ضعيف وقال الذهبى فى الميزان (٤/ ٢٣٠).
ليس بثقة، وذكره الأزدى وغيره وأتى بعجائب ا. هـ.

(١) فى أ: ما.

(٢) أخرجه ابن ماجه (٣/ ٥١٢) فى كتاب التجارات باب الاقتصاد فى طلب المعيشة، والحاكم (٢/ ٣)، وأبو نعيم فى الحلية (٣/ ٢٦٥)، والبيهقى (٥/ ٢٦٤).

(٣) فى أ: آخذ.

(٤) أخرجه ابن ماجة (٣/ ٥١٣) (٢١٤٤)، والبيهقى (٥/ ٢٦٥)، وابن حبان (٣٢٣٩)، والحاكم (٢/ ٤)، وأبو نعيم فى (٣/ ١٥٦ - ١٥٧).

(٥) أخرجه البخارى (٤/ ٣١٥) فى البيوع: باب يمحق الله الربا (٢٠٨٧)، ومسلم (٣/ ١٢٢٨) فى المساقاة باب النهى عن الحلف فى البيع (١٣١/ ١٦٠٦) واللفظ له.

(٦) رواه البخارى - انظر التخريج السابق. وفى أ: البركة.

(٧) قال الحافظ فى الفتح (٤/ ٣١٥): رواه الليث عن الإسماعيلى بلفظ (ممحقة للكسب).

(٨) أخرجه مسلم ٣/ ١٢٢٨ فى المساقاة، باب النهى عن الحلف فى البيع ١٣٢/ ١٦٠٧ والنسائى ٧/ ٢٤٦ فى البيوع باب المنفق سلعته بالحلف الكاذب وابن ماجه ٢/ ٧٤٥ فى التجارات باب ما جاء فى كراهية الأيمان فى الشراء والبيع (٢٢٠٩) وأحمد فى المسند =

وعن أبى ذر - رضى الله عنه - عن النبى ﷺ قال: «ثَلَاثَةٌ لَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فَقَرَأَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ، قَالَ أَبُو ذَرٍّ: خَابُوا وَخَسِرُوا، مَنْ هُمْ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: الْمُسْبِلُ وَالْمَنَّانُ وَالْمُنَفِّقُ سِلْعَتَهُ بِالْحَلِفِ الْكَاذِبِ» (١) رواه مسلم.

فصل: عن رفاعة بن رافع الزرقى - رضى الله عنه - قال: «خَرَجَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى الْمُصَلَّى فَرَأَى النَّاسَ يَتَبَايَعُونَ فَقَالَ: يَا مَعْشَرَ التُّجَّارِ، فَاسْتَجَابُوا لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَرَفَعُوا أَعْنَاقَهُمْ وَأَبْصَارَهُمْ إِلَيْهِ، فَقَالَ: إِنَّ التُّجَّارَ يُبْعَثُونَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فُجَّارًا إِلَّا مَنِ اتَّقَى اللَّهَ، وَبَرَّ وَصَدَقَ» (٢) رواه الترمذى، وقال: هو حديث حسن صحيح.

وعن قيس بن أبى غرزة - بغين معجمة ثم راء ثم زاى مفتوحات - الصحابى - رضى الله عنه - قال: «خَرَجَ عَلَيْنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَنَحْنُ نُسَمَّى السَّمَاسِرَةَ فَقَالَ: يَا مَعْشَرَ التُّجَّارِ إِنَّ الشَّيْطَانَ وَالْإِثْمَ يَحْضُرَانِ الْبَيْعَ فَشُوبُوا بَيْعَكُمْ بِالصَّدَقَةِ» (٣) رَوَاهُ التِّرْمِذِى وَقَالَ: حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ.

وَعَنْ أَبِى سَعِيدٍ عَنِ النَّبِى ﷺ قَالَ: «التَّاجِرُ الصَّدُوقُ الْأَمِينُ مَعَ النَّبِيِّينَ وَالصِّدِّيقِينَ وَالشُّهَدَاءِ» (٤) رواه الترمذى وقال: حديث حسن.

= ٥/ ٢٩٧ - ٢٩٨ - ٣١، والبيهقى فى السنن الكبرى ٥/ ٢٦٥

(١) أخرجه مسلم (١/ ١٠٢) فى كتاب الإيمان باب بيان غلظ تحريم إسبال الإزار ١٧١/ ١٠٦، وأخرجه أبو داود ٤/ ٥٧، فى كتاب اللباس باب ما جاء فى إسبال الإزار ٤٠٨٧، والترمذى ٣/ ٥١٦ فى البيوع باب ما جاء فيمن حلف على سلعه كاذبة ١٢١١، وقال أبو عيسى: حديث أبى ذر حديث حسن صحيح، والنسائى ٥/ ٨ فى كتاب الزكاة باب المنان بما أعطى، وفى كتاب البيوع ٧/ ٢٤٥ فى باب المنفق سلعته بالحلف الكاذب، وفى ٨/ ٢٠٨ فى كتاب اللباس، باب إسبال الإزار وأحمد فى المسند ٢/ ٤٨٠، ٥/ ١٥٨ - ١٦٢ - ١٦٨

(٢) أخرجه الترمذى (١٢١٠)، وابن ماجه (٢١٤٦)، وابن حبان (٤٩١٠)، والطحاوى شرح المشكل (٢٠٨٣)، والطبرانى فى الكبير (٤٥٣٩، ٥٣٤٠، ٥٣٤١، ٥٣٤٣)، والحاكم ٢/ ٦ والبيهقى ٥/ ٢٦٦ وفى الشعب له (٤٨٤٩).

(٣) أخرجه الحميدى (٤٣٨)، وأحمد (٤/ ٦، ٢٨٠)، وأبو داود (٢/ ٢٦٢) فى كتاب البيوع باب فى التجارة يخالطها الحلف واللغو (٣٣٢٦، ٣٣٢٧)، والترمذى (٢/ ٤٩٧) فى باب ما جاء فى التجار وتسمية النبى ﷺ إياهم (١٢٠٨)، وابن ماجه (٣/ ٥١٤) فى كتاب التجارات باب التوقى فى التجارة (٢١٤٥)، والطبرانى فى الكبير (٨/ ٩٠٥، ٩٠٧، ٩٠٨)، والحاكم (٢/ ٦)، وأبو نعيم فى الحلية (٧/ ٢٦).

(٤) أخرجه الترمذى (٢/ ٤٩٨) باب ما جاء فى التجارة (١٢٠٩)، وقال حسن لا نعرفه إلا من هذا الوجه، والدارمى (٢/ ٢٤٧) فى كتاب البيوع باب فى التاجر الصدوق، والدارقطنى =

فصل: فى التبكير فى طلب المعيشة، عن صخر الغامدى الصحابى - رضى الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «اللَّهُمَّ بَارِكْ لِأُمَّتِى فِى بُكُورِهَا، وَكَانَ إِذَا بَعَثَ سَرِيَّةً أَوْ جَيْشًا بَعَثَهُمْ أَوَّلَ النَّهَارِ، وَكَانَ صَخْرٌ رَجُلًا تَاجِرًا، وَكَانَ إِذَا بَعَثَ تِجَارَةً بَعَثَهُمْ أَوَّلَ النَّهَارِ، فَأَثْرَى وَكَثُرَ مَالُهُ»(١) رواه أبو داود والترمذى وقال: حديث حسن.

فصل: فى استحباب السماحة فى البيع والشرى والتقاضى والاقتضاء وإرجاح المكيال والميزان قال الله تعالى: ﴿وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢١٥] وقال الله تعالى: ﴿يَا قَوْمِ اعْبُدُوا اللَّهَ مَا لَكُم مِّنْ إِلَٰهٍ غَيْرُهُ قَدْ جَاءَتْكُم بَيِّنَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ فَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ﴾ [الأعراف: ٨٥] وقال تعالى: ﴿وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ﴾ [المطففين: ١] الآية..

وعن جابر - رضى الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: «رَحِمَ اللَّهُ رَجُلًا سَمْحًا إِذَا بَاعَ وَإِذَا اشْتَرَى وَإِذَا اقْتَضَى» (٢) رواه البخارى.

وعن جابر قال: «اشْتَرَى مِنِّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَعِيرًا فَوَزَنَ لِى وَأَرْجَحَ»(٣) رواه البخارى ومسلم.

= (٣/ ٧)، ومن طريق أبى حمزة عن الحسن عن أبى سعيد مرفوعًا به قلت: هذا الإسناد فيه انقطاع فإن الحسن لم يسمع من أبى سعيد الخدرى.

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٧٩ - ٨٠) فى الجهاد: باب فى الإبكار (٢٦٠٦)، والترمذى (٣/ ٥١٧)، وفى البيوع: باب ما جاء فى التبكير (١٢١٢)، وابن ماجة (٢/ ٧٥٢)، وفى التجارة: باب ما يرجى من البركة (٢٢٣٦). وأخرجه أحمد فى المسند (٣/ ٤١٦)، والدارمى (٢/ ٢١٤)، وفى كتاب السير: باب بارك لأمتى فى بكورها والبيهقى (٩/ ١٥١)، والرازى فى العلل ٢٣٠٠، والطبرانى فى الصغير (١/ ٩٦)، والبخارى فى التاريخ الكبير ٤/ ٣١٠، ٦/ ١٩٩، وابن حجر فى المطالب ١٢٨٤ - ١٢٨٥، والطيالسى فى المسند كما فى المنحه ١٤٩٢، والدولابى فى الكنى ٢/ ١٤ والخطيب فى التاريخ ١/ ٤٠٥، ٢/ ١٠٦ - ١٠٧ ٥/ ٢٤٠، ٤٧٦، ٩/ ٤٤١، ١٠/ ١٠٣، ١٢/ ١٥٥ والطبرانى فى الكبير ٨/ ٢٨، ١٠/ ٢٥٧، ٣٤٨، ١٢/ ٢٢٩، ٣٧٥، ١٨/ ٢١٦، ١٩/ ٧٨، وذكره السيوطى فى الدرالمنثور ٦/ ٤٧٧.

(٢) أخرجه البخارى (٤/ ٣٠٦) فى البيوع باب السهولة والسماحة فى الشراء والبيع (٢٠٧٦)، وأحمد (٣/ ٣٤٠)، والترمذى (٢/ ٥٨٦) باب ما جاء فى سمح البيع والشراء والقضاء (١٣٢٠)، وقال حسن صحيح غريب، وفى العلل الكبير له (٣٥٠)، وابن ماجه (٣/ ٥٥٠ - ٥٥١) فى كتاب التجارات باب السماحة فى البيع (٢٢٠٣)، وابن حبان (٤٩٠٣)، والطبرانى (٦٧٢)، والبيهقى (٥/ ٣٥٧).

(٣) أخرجه البخارى (٦/ ٣١٢) فى كتاب الجهاد والسير باب الطعام عند القدوم (٣٠٨٩)، =

وعن سويد بن قيس قال: «جَلَبْت أَنَا وَمَخْرَمَةُ الْعَبْدِى بَزًّا مِنْ هَجَرَ فَجَاءَنَا النَّبِى ﷺ فَسَامَنَا بِسَرَاوِيلَ وَعِنْدِى وَزَّانٌ يَزِنُ بِالْأَجْرِ فَقَالَ النَّبِى ﷺ لِلْوَازِنِ: زِنْ وَأَرْجِحْ»[١] رواه أبو داود والترمذى وقال: حديث حسن صحيح.

وعن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «اسْمَحْ يُسْمَحْ لَكَ»[٢] رواه ابن أبى عاصم.

فصل: عن حكيم بن حزام - رضى الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَا بُورِكَ لَهُمَا فِى بَيْعِهِمَا وَإِنْ كَتَمَا وَكَذَبَا مُحِقَتْ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا»[٣] رواه البخارى ومسلم.

وعن جرير بن عبد الله قال: «بَايَعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَلَى إِقَامَةِ[٤] الصَّلَاةِ، وَإِيتَاءِ الزَّكَاةِ، وَالنُّصْحِ لِكُلِّ مُسْلِمٍ»[٥] رواه البخارى ومسلم.

وعن تميم بن أوس الدارى - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: «الدِّينُ

= ومسلم (٣/ ١٢٢٣ - ١٢٢٤) فى كتاب المساقاة باب بيع البعير واستثناء ركوبه (١١٥/ ٧١٥).

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٤٣٤١)، وأحمد (٤/ ٣٥٢)، والبخارى فى التاريخ الكبير ٤/ ١٤١- ١٤٢ ترجمة (٢٢٥٤)، وأبو داود (٢/ ٢٦٥) فى كتاب البيوع فى باب فى الرجحان فى الوزن والوزن بالأجر (٣٣٣٦)، والترمذى (٢/ ٥٧٤ - ٥٧٥). أبواب البيوع باب ما جاء فى الرجحان (١٣٠٥).
وابن ماجه (٣/ ٥٦٢) فى كتاب التجارات باب الرجحان فى الوزن (٢٢٢٠)، والنسائى (٧/ ٢٨٤) فى كتاب البيوع باب الرجحان فى الوزن (٤٦٠٦)، وابن الجارود (٥٥٩)، وابن حبان (٥١٤٧)، والطبرانى فى الكبير (٦٤٦٦)، والحاكم (١/ ٣٠)، والبيهقى (٦/ ٣٢ - ٣٣).

(٢) أخرجه أحمد (١/ ٢٤٨)، والطبرانى فى الصغير (٢/ ١٤٢)، وذكره الهيثمى فى مجمع البحرين (٨/ ٢٠٦) (٤٩٧٤)، وفى مجمع الزوائد (١٠/ ١٩٣) فى كتاب التوبة، وقال: رواه البزار عن شيخه المهدى بن جعفر البرمكى وقد وثقه غير واحد وفيه كلام وبقية رجاله رجال الصحيح، ورواه الطبرانى فى الصغير والأوسط ورجالهما رجال الصحيح.

(٣) أخرجه البخارى ٤/ ٣٦٢، فى البيوع باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا (٢٠٧٩)، وفى باب ما يمحق الكذب والكتمان فى البيع (٢٠٨٢)، وفى باب كم يجوز الخيار (٢١٠٨)، وفى باب البيعان بالخيار (٢١١٠)، وفى باب إذا كان البائع بالخيار هل يجوز البيع؛ (٢١١٤)، ومسلم ٣/ ١١٦٤ فى كتاب البيوع باب الصدق فى البيع والبيان ٤٧/ ١٥٣٢ .

(٤) فى أ: إقام.

(٥) أخرجه البخارى (٥/ ٣٦٩) كتاب الشروط باب ما يجوز من الشروط (٢٧١٥)، ومسلم (١/ ٧٥) كتاب الإيمان باب بيان أن الدين النصيحة (٩٧ - ٥٦)

النَّصِيحَةُ، قُلْنَا: لِمَنْ؟ قَالَ: لِلَّهِ وَلِكِتَابِهِ وَلِرَسُولِهِ وَلِأَئِمَّةِ الْمُسْلِمِينَ وَعَامَّتِهِمْ »[١] رواه مسلم.

وعن أنس - رضى الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «لَا يُؤْمِنُ أَحَدُكُمْ حَتَّى يُحِبَّ لِأَخِيهِ مَا يُحِبُّ لِنَفْسِهِ »[٢] رواه البخارى ومسلم.

فصل: عن أنس - رضى الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ أَصَابَ مِنْ شَىء فَلْيَلْزَمْهُ »[٣] رواه ابن ماجه بإسناد جيد.

وعن نافع مولى ابن عمر: «قَالَ: كُنْتُ أُجَهِّزُ إِلَى الشَّامِ وَإِلَى مِصْرَ فَجَهَّزْت إِلَى الْعِرَاقِ فَأَتَيْتُ عَائِشَةَ رضى الله عنها فَقُلْتُ: يَا أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ كُنْتُ أُجَهِّزُ إِلَى الشَّامِ فَجَهَّزْت إِلَى الْعِرَاقِ، فَقَالَتْ: لَا تَفْعَلْ، مَا لَكَ مَنْزِلٌ[٤]، فَإِنِّى سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: إِذَا سَبَّبَ اللَّهُ لِأَحَدِ رِزْقًا مِنْ وَجْهٍ فَلَا يَدَعْهُ حَتَّى يَتَغَيَّرَ لَهُ أَوْ يَتَنَكَّرَ »[٥] رواه ابن ماجه بإسناد فيه ضعف.

---

(١) أخرجه مسلم فى المصدر السابق (٩٥ - ٥٥)، والنسائى فى السنن (٧/ ١٥٧)، وأحمد فى المسند (٢/ ٢٩٧)، والدارمى فى السنن (٢/ ٣١١)، وأبو عوانة (١/ ٣٧)، والطحاوى فى مشكل الآثار (٢/ ١٨٨)، والحميدى (٨٣٧)، والخطيب فى التاريخ (١٤/ ٢٠٧)، وابن حجر فى المطالب العالية (١٩٧٩) (٣٢٨٤)، وذكره السيوطى فى الدر المنثور (٣/ ٢٦٧).

(٢) أخرجه البخارى ١/ ٧٣ كتاب الإيمان باب من الإيمان أن يحب لأخيه ما يحب لنفسه (١٣)، ومسلم ١/ ٦٧ كتاب الإيمان باب الدليل على أنِ من خصال الإيمان ٧١ - ٤٥، والنسائى ٨/ ١١٥ كتاب الإيمان باب علامه الإيمان ٥٠١٧ .

(٣) أخرجه ابن ماجة (٣/ ٥١٥) كتاب التجارات باب إذا قسم للرجل رزق من وجه فليلزمه (٢١٤٧).

وقال البوصيرى فى مصباح الزجاجة (٢/ ١٦١) هذا إسناد ضعيف.

فروة بن يونس أبو يونس مختلف فيه، قاله الذهبى فى الكاشف وقال الأزدى ضعيف، وذكره ابن حبان فى الثقات.

وهلال بن جبير البصرى: قال ابن حبان فى الثقات روى عنه أنس بن مالك إن كان سمع منه.

(٤) فى أ: ولمتجرك.

(٥) أخرجه أحمد (٦/ ٢٤٦)، وابن ماجه (٣/ ٥١٥ - ٥١٦) فى كتاب التجارات باب إذا قسم للرجل رزق من وجة فليلزمة (٢١٤٨)، وقال البوصيرى فى مصباح الزجاجة (٢/ ١٦١).

هذا إسناد فيه مقال.

والد أبى عاصم اسمه مخلد بن الضحاك مختلف فيه، قال العقيلى والساجى لا يتابع على حديثه وذكره ابن حبان فى الثقات والزبير بن عبيد قال الذهبى مجهول وذكره ابن حبان فى الثقات.

فصل: عن أبى هريرة - رضى الله عنه - عن النبى ﷺ قال: «أَحَبُّ الْبِلَادِ إِلَى اللَّهِ مَسَاجِدُهَا، وَأَبْغَضُ الْبِلَادِ إِلَى اللَّهِ أَسْوَاقُهَا»[(١)] رواه مسلم.

وعن سلمان الفارسى رضى الله عنه من قوله: «لَا تَكُونَنَّ - إِنْ اسْتَطَعْتَ - أَوَّلَ مَنْ يَدْخُلُ السُّوقَ، وَلَا آخِرَ مَنْ يَخْرُجُ مِنْهَا، فَإِنَّهَا مَعْرَكَةُ الشَّيْطَانِ، وَبِهَا يَنْصِبُ رَايَتَهُ»[(٢)] رواه مسلم [وهكذا موقوفًا على سلمان ورواه البرقانى فى صحيحه.][(٣)]، وعن سلمان قال: «قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا تَكُنْ أَوَّلَ مَنْ يَدْخُلُ السُّوقَ، وَلَا آخِرَ مَنْ يَخْرُجُ مِنْهَا فِيهَا بَاضَ الشَّيْطَانُ وَفَرَّخَ»[(٤)].

قال الماوردى وغيره: الذم لمن أكثر ملازمة السوق وصرف أكثر الأوقات إليها والاشتغال بها عن العبادة وهذا كما قالوه، لثبوت الأحاديث فى دخول النبى ﷺ الأسواق مع نص القرآن، قال الله تعالى: ﴿وَقَالُوا۟ مَالِ هَٰذَا ٱلرَّسُولِ يَأْكُلُ ٱلطَّعَامَ وَيَمْشِى فِى ٱلْأَسْوَاقِ﴾ [الفرقان: ٧] وقال تعالى: ﴿وَمَآ أَرْسَلْنَا قَبْلَكَ مِنَ ٱلْمُرْسَلِينَ إِلَّآ إِنَّهُمْ لَيَأْكُلُونَ ٱلطَّعَامَ وَيَمْشُونَ فِى ٱلْأَسْوَاقِ﴾ [الفرقان: ٢٠]..

وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال: «خَرَجَ النَّبِى ﷺ فِى طَائِفَةِ النَّهَارِ لَا يُكَلِّمُنِى وَلَا أُكَلِّمُهُ، حَتَّى جَاءَ سُوقَ بَنِى قَيْنُقَاعَ ثُمَّ انْصَرَفَ»[(٥)] رواه البخارى ومسلم.

قينقاع: قبيلة من اليهود، بفتح القاف الأولى وضم النون وفتحها وكسرها.

وعن أنس: «أَنَّ النَّبِى ﷺ كَانَ فِى السُّوقِ فَقَالَ رَجُلٌ: يَا أَبَا الْقَاسِمِ فَالْتَفَتَ إِلَيْهِ»[(٦)]

---

(١) أخرجه مسلم (١/ ٤٦٤) فى كتاب المساجد ومواضع الصلاة باب فضل الجلوس فى مصلاه بعد الصبح، وابن خزيمة (٢/ ٢٦٩) (١٢٩٣)، والبيهقى (٣/ ٦٥).

(٢) أخرجه مسلم (٤/ ١٩٠٦) فى كتاب فضائل الصحابة باب من فضائل أم سلمة (١٠٠/ ٢٤٥١).

(٣) سقط فى ط.

(٤) أخرجه الطبرانى فى الكبير (٦/ ٢٤٨) (٦١١٨)، (٦١٣١)، والخطيب فى التاريخ (١٢/ ٤٢٦)، وذكره الهيثمى فى المجمع وقال: رواه الطبرانى فى الكبير وفى الرواية الأولى القاسم بن يزيد فإن كان هو الجرحى فهو ثقة وبقية رجاله رجال الصحيح، وفى الثانية يزيد ابن سفيان وهو ضعيف.

(٥) أخرجه البخارى (٥/ ٦٩) فى كتاب البيوع باب ما ذكر فى السوق (٢١٢٢)، ومسلم (٤/ ١٨٨٢ - ١٨٨٣) فى كتاب فضائل الصحابة (٥٧/ ٢٤٢١).

(٦) أخرجه البخارى (٥/ ٦٩) فى كتاب البيوع باب ما ذكر فى الأسواق (٢١٢٠)، وطرفاه فى (٢١٢١ و٣٥٣٧)، ومسلم (٣/ ١٦٨٢) فى كتاب الآداب باب النهى عن التكنى بأبى القاسم (١/ ٢١٣١).

وذكر تمام الحديث رواه البخارى.

وعن بريدة قال: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِذَا دَخَلَ السُّوقَ قَالَ: بِسْمِ اللَّهِ اللَّهُمَّ إِنِّى أَسْأَلُكَ خَيْرَ هَذِهِ السُّوقِ وَخَيْرَ مَا فِيهَا، وَأَعُوذُ بِكَ مِنْ شَرِّهَا وَشَرِّ مَا فِيهَا، اللَّهُمَّ إِنِّى أَعُوذُ بِكَ أَنْ أُصِيبَ فِيهَا يَمِينًا فَاجِرَةً، أَوْ صَفْقَةً خَاسِرَةً» رواه الحاكم فى المستدرك على الصحيحين.

فصل: سبق فى مقدمة هذا الشرح أن من أراد التجارة لزمه أن يتعلم أحكامها فيتعلم شروطها، وصحيح العقود من فاسدها، وسائر أحكامها، وبالله التوفيق.

فصل: مذهبنا: أن الإشهاد على عقد البيع والإجارة وسائر العقود غير النكاح والرجعة مستحب، وليس بواجب، وقد صرح المصنف بهذا اللفظ بحروفه فى أول كتاب الشهادات.

واستدل المصنف وغيره للاستحباب بقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓا۟ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] هذا مذهبنا..

قال ابن المنذر: وبه قال أبو أيوب الأنصارى وأبو سعيد الخدرى والشعبى والحسن وأصحاب الرأى وأحمد وإسحاق، وبهذا قال جمهور الأمة من السلف والخلف.

قال ابن المنذر: وقالت طائفة: يجب الإشهاد على البيع، وهو فرض لازم يعصى بتركه، قال: روينا هذا عن ابن عباس قال: وكان ابن عمر إذا باع بنقد أشهد، ولم يكتب، قال: وروينا عن مجاهد قال: ثلاثة لا يستجاب لهم دعوة: رجل باع بنقد فغش قال: وروينا نحو هذا عن أبى بردة بن أبى موسى وأبى سليمان المرعشى.

واحتجوا بقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓا۟ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

واحتج الجمهور بالأحاديث الصحيحة أن النبى ﷺ باع واشترى، ولم ينقل الإشهاد فى ذلك وكذلك الصحابة فى زمنه وبعده، وحملوا الآية الكريمة على الاستحباب لما ذكرناه، والله أعلم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: ويصح البيع من كل بالغ عاقل مختار، فأما الصبى والمجنون فلا يصح بيعهما؛ لقوله ﷺ: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ الصَّبِى حَتَّى يَبْلُغَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ».

ولأنه تصرف فى المال، فلم يفوض إلى الصبى والمجنون كحفظ المال.

الشرح: هذا الحديث [١] صحيح من رواية على وعائشة - رضى الله عنهما - سبق بيانه فى أول كتاب الصلاة، وأول كتابى الزكاة والصوم.

وقوله: «تصرف فى المال» احتراز من اختيار الصبى أحد الأبوين وهو مميز، ومن عباداته وحمله الهدية، ومن وطء الصبى والمجنون امرأتيهما، وأما قياسه على حفظ المال؛ فلأنه مجمع عليه ومنصوص عليه فى قوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦].

وأما قول المصنف: يصح البيع من كل عاقل بالغ مختار، فمما ينكر عليه؛ لأنه يدخل فيه الأعمى، وقد ذكر المصنف بعد هذا هو والأصحاب أن المذهب الصحيح: أنه لا يصح بيعه ولا شراؤه.

ويدخل أيضا المحجور عليه بالسفه، وهو لا يصح، بيعه فكان ينبغى أن يزيد بصيرا غير محجور عليه كما ذكرناه فى الفرع السابق قريبا، وذكرنا هناك أنه يشترط أيضا إسلام المشترى إن اشترى عبدا مسلما أو مصحفا، والله أعلم.

وأما المجنون: فلا يصح بيعه بالإجماع، وكذلك المغمى عليه.

وأما السكران: فالمذهب صحة بيعه وشرائه وسائر عقوده التى تضره والتى تنفعه.

والثانى: لا يصح شىء منها.

والثالث: يصح ما عليه دون ماله فعلى هذا يصح بيعه وهبته دون إيهابه، وتصح ردته دون إسلامه، وقد ذكر المصنف هذه الأوجه فى أول كتاب الطلاق، وهناك نوضحها بفروعها إن شاء الله تعالى.

وأما الصبى فلا يصح بيعه ولا شراؤه ولا إجارته وسائر عقوده لا لنفسه ولا لغيره سواء باع بغبن أو بغبطة، وسواء كان مميزا أو غيره، وسواء باع بإذن الولى أو بغير إذنه، وسواء بيع الاختبار وغيره، وبيع الاختبار هو الذى يمتحنه الولى به ليستبين رشده عند مناهزة الاحتلام، ولكن طريق الولى أن يفوض إليه الاستلام وتدبير العقد، فإذا انتهى الأمر إلى العقد أتى به الولى.

---

(١) تقدم.

ولا خلاف فى شىء مما ذكرته عندنا إلا فى بيع الاختبار، فإن فيه وجها شاذا ضعيفا حكاه إمام الحرمين وآخرون من الخراسانيين: أنه يصح، والمذهب بطلانه، والله أعلم.

واستدل المصنف وغيره بهذا الحديث.

ووجه الدلالة منه: أنه لو صح البيع لزم منه وجوب التسليم على الصبى، وقد صرح الحديث بأن الصبى لا يجب عليه شىء.

وقيل: وجه الدلالة منه: أن مقتضى الحديث إسقاط أقواله وأفعاله، والله تعالى أعلم.

فرع: قال الفقهاء[1]: إذا اشترى الصبى شيئا وسلم إليه فتلف فى يده أو أتلفه فلا ضمان عليه، لا فى الحال ولا بعد البلوغ، وكذا لو اقترض مالا؛ لأن المالك هو المضيع بالتسليم إليه، وما دامت العين باقية فللمالك الاسترداد وإن قبضها الولى من الصبى دخلت فى ضمان الولى، ولو سلم الصبى إلى البائع ثمن ما اشتراه لم يصح تسليمه، ويلزم البائع رده إلى الولى، ويلزم الولى طلبه واسترداده.

قال أصحابنا: فإن رده إلى الصبى لم يبرأ من الضمان.

قال أصحابنا: وهذا كما لو سلم الصبى درهما إلى صراف لينقده، أو سلم متاعا إلى مقوم ليقومه، فإذا قبضه من الصبى دخل فى ضمان القابض، ولم يجز له رده إلى الصبى، بل يلزمه أن يرده إلى وليه إن كان المال للصبى، وإن كان لكامل لزمه رده إلى مالكه أو وكيله فيه.

قال أصحابنا: ولو أمره ولى الصبى بدفعه إلى الصبى فدفعه إليه سقط عنه الضمان إن كان المال للولى، فإن كان للصبى لم يسقط؛ كما لو أمره بإلقاء مال الصبى فى بحر فألقاه، فإنه يلزمه ضمانه قطعا.

فرع: لو تبايع صبيان وتقابضا وأتلف كل واحد منهما ما قبضه.

قال أصحابنا: إن جرى ذلك بإذن الوليين فالضمان عليهما، وإلا فلا ضمان على الوليين، ويجب فى مال الصبيين الضمان؛ لأن تسليمهما لا يعد تسليطا وتضييعا بخلاف تسليم البالغ الرشيد، والله سبحانه أعلم.

---

(١) فى أ: أصحابنا.

فرع: قال أصحابنا: لا يصح نكاح الصبى بنفسه، ولا سائر تصرفاته، لكن فى تدبيره ووصيته خلاف مذكور فى موضعه، والأصح بطلانهما أيضا، وسواء فى هذا كله أذن الولى أم لا؛ لأن عبارته ملغاة، فلا أثر لإذن الولى؛ كما لو أذن لمجنون، وأما إذا فتح الصبى بابا وأخبر بإذن أهل الدار فى الدخول، أو أوصل هدية، وأخبر عن إهداء مهديها:

فقال أصحابنا: إن انضمت إلى ذلك قرائن تحصل العلم بذلك جاز الدخول وقبول الهدية، وهو فى الحقيقة عمل بالعلم لا بمجرد قوله.

وإن لم ينضم نظر:

إن كان غير مأمون القول، لم يجز اعتماد قوله بلا خلاف، وإلا فطريقان.

أصحهما: القطع بجواز الاعتماد. وبهذا قطع المصنف فى التنبيه فى باب الوكالة وآخرون من الأصحاب، لإطباق المسلمين على فعل ذلك فى جميع الأعصار من غير إنكار ولحصول الظن بصدقه فى العادة. والطريق الثانى: حكاه الإمام والغزالى وآخرون: فيه وجهان كالوجهين فى قبول روايته كما سنذكره قريبا إن شاء الله تعالى.

فرع: إذا سمع الصبى المميز حديثا فهل يصح تحمله؟ وتقبل روايته؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدهما: لا تقبل مطلقا، لا قبل بلوغه ولا بعده؛ لضعف ضبطه؛ كما لا يصح بيعه وغيره.

والثانى: تصح روايته قبل البلوغ وبعده: كما حكاه إمام الحرمين والغزالى وسائر الخراسانيين وجماعات من غيرهم؛ لأن الرواية مبنية على المسامحة، واحتمل فيها أشياء لا تحتمل فى غيرها، كاعتماده على خطه، وكونها لا ترد بالتهمة وغير ذلك من المسامحة.

والثالث: أنها تقبل بعد البلوغ، ولا تقبل قبله.

وهذا هو الصحيح بل هو الصواب، وما سواه باطل، ومما يرد الأول إجماع الصحابة فمن بعدهم على قبول روايات صغار الصحابة ما تحملوه قبل البلوغ، ورووه بعده كابن عباس والحسن والحسين وابن الزبير وابن جعفر والنعمان بن بشير وخلائق لا يحصون، رضى الله عنهم أجمعين.

فرع: قال أصحابنا: كما لا تصح من الصبى تصرفاته القولية، لا يصح قبضه فى

تلك التصرفات، فلو اتهب له الولى شيئا وقبله ثم قبضه الصبى بإذن الواهب، لم يصح قبضه، ولا يحصل له الملك فيه بهذا القبض، ولو وهب لأجنبى وأذن الموهوب له للصبى أن يقبضه له، وأذن له الواهب فى القبض فقبضه، لم يصح بلا خلاف.

ولو قال مستحق الدين لمن هو عليه: سلم حقى إلى هذا الصبى، فسلم قدر حقه إلى الصبى لم يبرأ من الدين بلا خلاف، بل يكون ما سلمه باقيا على ملكه حتى لو ضاع ضاع على الدافع ولا ضمان على الصبى؛ لأن الدافع ضيعه بتسليمه، ويبقى الدين على حاله.

قال أصحابنا: لأن ما فى الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح.

ولا يزول الدين عن الذمة؛ كما لو قال صاحب الدين للمدين: ألق حقى فى البحر، فألقى قدر حقه لا يبرأ بلا خلاف وما يتلف من ضمان الملقى.

قال أصحابنا: ولو قال مالك الوديعة للمودع: سلم وديعتى إلى هذا الصبى، فسلم إليه خرج من العهدة؛ لأنه امتثل أمره فى حقه المعين؛ كما لو قال: ألقها فى البحر فألقاها، فإنه لا ضمان بلا خلاف؛ لأنه أذن فى إتلافها.

قال أصحابنا: فلو كانت الوديعة لصبى فسلمها إلى الصبى ضمن، سواء كان بإذن الولى أو بغير إذنه؛ لأنه ليس للمودع تضييعها، وإن أذن له الولى فيه، هذا لا خلاف فيه، والله أعلم، ونقل إمام الحرمين فى النهاية هذا الفرع عن الأصحاب.

فرع: فى مذاهب العلماء فى بيع الصبى المميز.

قد ذكرنا أن مذهبنا: أنه لا يصح سواء أذن له الولى أم لا.

وبه قال أبو ثور.

وقال الثورى وأبو حنيفة[١] وأحمد[٢] وإسحاق: يصح بيعه وشراؤه بإذن وليه.

---

(١) قال فى التحفة (٢/ ٤٤) فللبيع شروط: منها شرط الأهلية من العقل والبلوغ، حتى لا ينعقد البيع من الطفل، والمجنون.

فأما الصبى العاقل والمعتوه فهما من أهل البيع، حتى لو وكلا بالبيع والشراء وباعا - جاز، ونفذ، عندنا.

(٢) قال فى الإنصاف (٤/ ٢٦٧): أن يكون العاقد جائز التصرف وهو المكلف الرشيد؛ هذا هو الصحيح من المذهب، وعليه أكثر الأصحاب : اشتراط التكليف والرشد في صحة البيع من حيث الجملة . وعنه يصح تصرف المميز، ويقف على إجازة وليه . وعنه يصح مطلقا . =

وعن أبى حنيفة رواية أنه يجوز بغير إذنه ويقف على إجازة الولى.

قال ابن المنذر: وأجاز أحمد وإسحاق بيعه وشراءه فى الشىء اليسير يعنى بلا إذن.

دليلنا ما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فأما المكره فإنه إن كان بغير حق لم يصح بيعه؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] فدل على أنه إذا لم يكن عن تراض لم يحل[1] الأكل..

وروى أبو سعيد الخدرى - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: «إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ» فدل على أنه لا بيع عن غير تراض.

ولأنه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح، ككلمة الكفر إذا أكره عليها المسلم، وإن كان بحق صح؛ لأنه قول حمل عليه بحق فصح، ككلمة الإسلام إذا أكره عليها الحربى.

الشرح: حديث أبى سعيد[2] هذا رواه البيهقى، وهو حديث طويل

= ذكرها الفخر إسماعيل البغدادي. وقال في الانتصار، وعيون المسائل: ذكر أبو بكر صحة بيعه ونكاحه. قوله (إلا الصبي المميز والسفيه. فإنه يصح تصرفهما بإذن وليهما في إحدى الروايتين) وهي المذهب. وعليه الأصحاب. والرواية الأخرى: لا يصح تصرفهما إلا في الشيء اليسير. وأطلقهما في المغني والشرح. وأطلق وجهين في الكافي، والتلخيص. وأطلقهما في السفيه في باب الحجر، والهداية، والمذهب، والخلاصة، والكافي.

تنبيه: يستثنى من محل الخلاف: عدم وقف تصرف السفيه. قال في الفروع: والسفيه مثل المميز إلا في عدم وقفه. يعني أن لنا رواية في المميز بصحة تصرفه، ووقوفه على إجازة الولي. بخلاف السفيه. ويستثنى أيضا من الخلاف في المميز، والمراهق: تصرفه للاختبار. فإنه يصح قولا واحدا. جزم به في الفروع، والرعاية، وغيرهما. قلت: ظاهر كلام كثير من الأصحاب: إجراء الخلاف فيه. تنبيه: ظاهر كلام المصنف: عدم صحة تصرف غير المميز مطلقا. أما في الكثير: فلا يصح. قولا واحدا. ولو أذن فيه الولي. وأما في اليسير: فالصحيح من المذهب: صحة تصرفه وهو الصواب. قطع به في المغني، والشرح. وقيل: لا يصح. وجزم به في الرعاية الكبرى. وأطلقهما في الفروع.

(١) فى أ: لا يحل.

(٢) أخرجه ابن ماجة (٢/ ٧٣٦ - ٧٣٧) كتاب التجارات: باب بيع الخيار حديث (٢١٨٥)، وابن حبان (١١٠٦ - موارد)، والبيهقى (٦/ ١٧) كتاب البيوع: باب ما جاء فى بيع المضطر وبيع المكره، من طريق داود بن صالح التمار عن أبيه عن أبى سعيد الخدرى مرفوعًا. =

وروى[١] أبو سعيد أن رسول الله ﷺ قال: «لأَلْقَيَنَّ اللَّهَ عز وجل مِنْ قَبْلِ أَنْ أُعْطِى أَحَدًا مِنْ مَالِ أَحَدٍ شَيْئًا بِغَيْرِ طِيبِ نَفْسِهِ، إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ».

وقوله: «لأنه قول أكره عليه بغير حق» احترز بالقول عن الفعل، بأن أكرهت على الإرضاع أو أكره على الحدث، فإنه يثبت حكمهما، وكذا الإكراه على القتل على أصح القولين.

واحترز بقوله: «بغير حق» عن الإكراه بحق؛ كإكراه الحربى على الإسلام وإكراه من عليه دين متمكن فى البيع فى أدائه.

أما الأحكام: فقال أصحابنا: المكره على البيع إن كان إكراهه بغير حق لم يصح بيعه بلا خلاف؛ لما ذكره المصنف، فإن كان بحق صح، وصورة الإكراه بحق أن يكون عليه دين ومعه متاع يمكنه بيعه فيه، فيمتنع من بيعه بعد امتناع المالك من الوفاء والبيع.

قال القاضى أبو الطيب فى كتاب التفليس، والأصحاب: القاضى بالخيار: إن شاء باع ماله بغير إذنه لوفاء الدين، وإن شاء أكرهه على بيعه، وعزره بالحبس وغيره حتى يبيعه، والله أعلم.

فرع: قال أصحابنا: التصرفات القولية التى يكره عليها بغير حق باطلة سواء الردة والبيع والإجارة، وسائر المعاملات والنكاح والخلع والطلاق والإعتاق وغيرها.

وأما ما أكره عليه بحق فهو صحيح، قالوا: فتحصل من هذا أن المرتد والحربى إذا أكرها على الإسلام صح إسلامهما؛ لأنه إكراه بحق، وكذا المكره على البيع بحق يصح بيعه كما سبق.

وأما الذمى إذا أكره على الإسلام: فهو إكراه بغير حق؛ لأنا شرطنا فى الذمة أن نقره على دينه، فإذا أكره فهل يصح إسلامه؟ فيه طريقان:

أحدهما: لا يصح وجها واحدا، وهو مقتضى كلام المصنف هنا وآخرين.

والطريق الثانى: فيه وجهان حكاهما إمام الحرمين فى كتاب الطلاق، وفى كتاب

= واللفظ لابن ماجة وأخرجه ابن حبان والبيهقى مطولاً.
والحديث صححه ابن حبان.
وقال البوصيرى فى الزوائد (٢/١٦٨): هذا إسناد صحيح رجاله ثقات.

(١) فى أ: قال.

الكفارات، وحكاهما الغزالى فى هذين الموضعين لكنه حكاهما فى الكفارات قولين، وهو شاذ، والمشهور أنهما وجهان:

أصحهما باتفاق الأصحاب: لا يصح.

قال إمام الحرمين: المصير إلى صحته، مع أن إكراهه غير سائغ، وإن صح ما ذكرناه فى إكراه الحربى، لكونه إكراها بحق، لم يمكن ذلك فى الذمى؛ لأن إكراهه ممنوع.

قال إمام الحرمين: إذا أكره الحربى على الإسلام فنطق بالشهادتين تحت السيف حكم بإسلامه اتفقت الطرق على هذا مع ما فيه من الغموض من جهة المعنى؛ لأن كلمتى الشهادتين نازلتان فى الإعراب عن الضمير منزلة الإقرار والظاهر ممن يقولهما[١] تحت السيف أنه كاذب فى إخباره، والله تعالى أعلم.

وأما المولى بعد مضى المدة فإذا طلق بإكراه القاضى له نفذ طلاقه؛ لأنه إكراه بحق أو لأنه ليس بحقيقة إكراه فإنه لا يتعين الطلاق، بل يلزمه بالفيئة أو الطلاق.

قال صاحب التتمة وغيره: هذا إذا أكرهه على طلقة واحدة، فإن أكرهه على ثلاث طلقات فهو ظالم له، فإذا تلفظ بها:

فإن قلنا: لا ينعزل القاضى بالفسق، وقعت طلقة ولغت الزيادة.

وإن قلنا: ينعزل لم يقع شىء؛ كما لو أكرهه غيره.

فرع: قال الغزالى فى كتاب الطلاق: الإكراه يسقط أثر التصرفات عندنا إلا فى خمسة مواضع:

أحدها: الإسلام فيصح إسلام الحربى المكره ولا يصح إكراه الذمى على الأصح.

الثانى: الإرضاع فإذا أكرهت عليه ثبت حكمه؛ لأنه منوط بوصول اللبن إلى الجوف لا بالقصد.

الثالث: القتل، فإذا أكره الرجل عليه لزمه القصاص على أصح القولين.

الرابع: الزنى، فإذا أكره الرجل عليه لزمه الحد فى أحد الوجهين ومأخذ الوجهين التردد فى تصور الإكراه.

---

(١) فى أ: يقولها.

الخامس: إذا علق الطلاق على دخول الدار فأكره عليه وقع طلاقه فى أحد القولين، والأصح: لا يقع وأنه لا يحد المكره على الزنى.

قال: والاستثناء فى التحقيق يرجع إلى الإسلام فحسب، وإلى القتل على قول.

وأما ما عداه فسببه عدم تصور الإكراه، وعدم اشتراط القصد، هذا آخر كلام الغزالى.

وقوله: «إنه إنما يستثنى هذه الخمسة» يرد عليه مسائل.

منها: إذا أكره على الأكل فى الصوم ففى فطره قولان، سبقا فى موضعيهما.

الأصح: لا يفطر.

ومنها: إذا أكره المصلى على الكلام فتكلم فقولان مشهوران:

أحدهما: لا تبطل صلاته.

وأصحهما: تبطل، وبه قطع البغوى وغيره وسبق بيانه فى موضعه.

ومنها: إذا أكره المصلى حتى فعل أفعالا كثيرة بطلت صلاته قطعا.

ومنها: لو أكره على التحول عن القبلة أو على ترك القيام فى الفريضة مع القدرة فصلى قاعدا لزمه الإعادة؛ لأنه عذر نادر.

فرع: المصادر من جهة السلطان وغيره ممن يظلمه بطلب[1] مال وقهره[2] على إحضاره إذا باع ماله ليدفعه إليه للضرورة والأذى الذى يناله، هل يصح بيعه؟ فيه وجهان مشهوران، حكاهما إمام الحرمين والغزالى وآخرون وقد سبقا فى باب الأطعمة فى مسائل أكل المضطر مال الأجنبى:

أحدهما: لا يصح كالمكره.

وأصحهما: يصح. وبه قطع الشيخ إبراهيم المروزى؛ لأنه لا إكراه على نفس البيع، ومقصود الظالم تحصيل المال من أى جهة كان، والله تعالى أعلم.

فرع: ذكرنا أن المكره بغير حق لا يصح بيعه.

هذا مذهبنا، وبه قال مالك[3] وأحمد[4] والجمهور.

---

(١) فى أ: بطالب.

(٢) فى أ: ويقهره.

(٣) قال فى حاشية الدسوقى أكره الرجل على سبب البيع ولم يكره على البيع كأن أكره على دفع مال لظالم فباع متاعه لذلك لم يلزم البيع على المذهب. ومقابل المذهب البيع لازم =

وقال أبو حنيفة[1]: يصح ويقف على إجازة المالك فى حال اختياره.

= للمصلحة وهى الرفق بالمسجون - أى المكره بالفتح - لئلا يتبلد - أى يمتنع - الناس من الشراء إن قلنا إن البيع غير لازم وهذا القول اختاره المتأخرون وأفتى به اللخمى وابن هلال ومال إليه ابن عرفة. ومن أكره على سبب البيع فسلفه إنسان دراهم رجع بها عليه بخلاف ما إذا ضمنه إنسان فدفع الضامن المال عنه لعدمه. فإنه لا رجوع له عليه وإنما يرجع على الظالم لأن للمكره بالفتح أن يقول للحميل - أى الضامن - إن لم تدفعه لى بخلاف المسلف. وقيل إن المسلف يرجع أيضاً على الظالم ولا رجوع له على المكره بالفتح.
والقول بعدم اللزوم لا ينافى صحة البيع فى ذاته ويترتب على عدم اللزوم أن للبائع استرداد ما جبر على بيعه أو على سببه ولا يمنع من ذلك التصرفات التى حصلت بعد هذا البيع من بيع وعتق وهبة وغير ذلك. وعدم اللزوم متوقف على ما إذا كان الجبر حراما وهو ما ليس بحق أما لو أجبر على البيع جبرا حلالا كان البيع لازما كجبره على بيع الدار لتوسعة المسجد أو الطريق أو المقبرة أو لوفاء دين أو لدفع نفقة لولد أو لأبوين أو لأجل الوفاء بما عليه من الخراج الحق ويلزم البائع فى حالة الإكراه على البيع والاسترداد رد الثمن الذى أخذه إن كان الثمن قائما فإن ادعى البائع تلفه من غير تفريط وأقام البينة على ذلك فلا يلزمه رد الثمن حينئذ فإن لم تكن له بينة فلا يصدق وقيل أنه يصدق بيمينه كالمودع أما فى حالة الإكراه على السبب والاسترداد عند إرادة البائع ذلك بناء على القول بعد اللزوم قبضه خلاف المعتمد فيه رد الثمن كالإكراه على البيع ومقابله يرى عدم رد الثمن ويرجع المشترى على الظالم بالثمن سواء علم المشترى بأن البائع مكره أم لا.
تولى المكره - بالفتح - قبض الثمن بيده أو قبضه غيره ويرى سحنون أن المكره إن كان قبض الثمن فعليه رد الثمن إن استرد المبيع وإن لم يقبض بيده فلا يغرم الثمن باسترداد المبيع.
إجازة البيع بعد زوال الإكراه: لو أكره الشخص على البيع أو الشراء ثم زال الإكراه فأجاز ذلك طائعا فهل يلزمه ما أجازه نظرا للطوع أو لا؛ لأنه ألزم نفسه ما لم يلزمه ولأن حكم الإكراه باق نظرا إلى ما وقع فاسدا لا يصلح بعد فيه قولان المفتى به يلزمه ما أجازه وهو المعتمد. ينظر حاشية الدسوقى على الشرح (٣/٦) .

(٤) قال فى المغنى: إذا أكره أحد المتبايعين على البيع لم يصح هذا البيع لعدم تحقق شرط الاختيار إلا أن يكون الإكراه بحق كالذى يكرهه الحاكم على بيع ماله لوفاء لدينه فيصح لأنه قول حمل عليه لحق فصح كإسلام المرتد. ينظر المغنى (٤/٥) .

(١) قال فى رد المحتار: بيع المكره وشراؤه وصلحه وسائر عقوده المالية تقع فاسدة يرتفع فسادها بإجازة المكره - بالفتح - بعد زوال الإكراه فإذا لم يجز. فسخ العقد. ولا يبطل حق الفسخ بموت أحدهما ولا بموت طرف العقد الثانى ولا بالزيادة المنفصلة وتضمن بالتعدى ويستوى فى ذلك الإكراه الملجئ وغير الملجئ؛ لأن كلا منهما يعدم الرضا. والرضا شرط لصحة هذه العقود، فلذا صار له حق الفسخ أو الإمضاء لفقد شرط الصحة وهو الرضا فيتخير لأن اعتبار هذا الشرط ليس لحق الله تعالى ولكنه لحق المكره ولهذا خالف سائر العقود الفاسدة فإن الفسخ فيها واجب لأن الفساد فيها لحق الشرع. ويثبت بالبيع أو بالشراء مكرها الملك للمشترى لكونه فاسدا كسائر البياعات الفاسدة. وقال زفر لا يثبت به الملك =

. . . .

= لأنه بيع موقوف وليس بفاسد كما لو باع بشرط الخيار وسلمه. ولما كان تمام البيع الفاسد إنما يكون بانقلابه صحيحا. وذلك موقوف على إجازة المكره بناء على أن الفساد كان لحقه لا لحق الشرع.

فإن قبض الثمن أو سلم المبيع طوعا لزم البيع.

أما إن قبض الثمن مكرها فلا يلزم ويرده إن بقى فى يده لفساد العقد. فإن هلك الثمن لم يضمن لأنه أمانة.

والبيع بطريق الإكراه يجوز بالاجازة القولية والفعلية أى ينقلب صحيحا بها.

وينقض تصرف المشترى من البائع المكره وإن تداولته الأيدى لأن الاسترداد فيه لحقه لا لحق الشرع.

وإن كان نقض البيع غير ممكن لما أحدثه المشترى بالعين تضمين المكره قيمته يوم التسليم إلى المشترى أو تضمين المشترى قيمته يوم القبض أو يوم أحدث فيه تصرفا لا يحتمل النقض لأنه أتلف به حق الاسترداد. ولو أكره البائع والمشترى على بيع العبد وشرائه وعلى التقابض فهلك الثمن والعبد ضمنهما المكره لهما إلا أن قال كل قبضت على البيع الذى أكرهنا عليه ليكون لى فالبيع جائز لاعتبار ذلك إجازة منهما ولا ضمان على المكره ولا على أحدهما.

وإن أراد كل منهما تضمين صاحبه. فقال كل قبضته مكرها لأرده على صاحبه وأخذ منه ما أعطيت وحلف كل لصاحبه على ذلك لم يضمن أحدهما الآخر والضمان على المكره فقط فإن نكل أحدهما كان للثانى إن شاء أن يضمن المكره وللمكره أن يرجع على الناكل وإن شاء ضمن الناكل ولا رجوع له على المكره.

ولو أكره البائع على البيع دون المشترى وهلك المبيع فى يده ضمن بدله للبائع بسبب قبضه مختارا على سبيل التمليك بعقد فاسد. وللبائع المكره تضمين أيهما شاء من المكره - بالكسر - والمشترى لأن المكره - بالكسر - كالغاصب والمشترى كغاصب الغاصب فإن ضمن المشترى لم يرجع على المكره بالكسر.

وإن ضمن المكره - بالكسر - رجع على المشترى بقيمته لأن المكره بأداء الضمان ملكه فقام مقام المالك فيكون مالكا من وقت وجوب السبب بالاستناد.

ولو أكره بقيد أو حبس أو قتل على أن يبيعها منه بألف درهم وقيمتها عشرة آلاف فباعها منه باقل من ألف درهم ففى القياس هذا البيع جائز لأنه أتى بعقد آخر سوى ما أكره عليه وإذا أتى بعقد آخر كان طائعا فيه كما لو أكره على البيع فوهب له.

وفى الاستحسان البيع باطل لأنه إذا أكرهه على البيع بألف فقد أكرهه على البيع بأقل من ألف لأن قصد المكره الإضرار بالمكره فإذا باع بالأقل كان محصلا لمقصود المكره لهذا كان مكرها. ينظر رد المحتار على الدر المختار (٤/ ٥، ٩، ٥٣٧).

هذا، ويرى ابن حزم أن الإكراه على الكلام لا يجب به شىء وإن قاله المكره كالبيع والابتياع لذلك لا يحل بيع ما أكره على البيع لقوله تعالى ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ فصح أن كل بيع لم يكن عن تراض فهو باطل. إلا بيعا أوجبه النص كالبيع على من وجب عليه حق وهو غائب أو ممتنع من =

واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف بحديث ابن عباس[(١)] أن رسول الله ﷺ قال: «إِنَّ اللَّهَ تَجَاوَزَ لِي عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ» حديث حسن، رواه ابن ماجه والبيهقي وغيرهما بإسناد حسن، فهذا مع ما ذكره المصنف هو المعتمد في دليل المسألة.

وقد احتج بعض أصحابنا بأشياء لا يحتج بها.

منها: ما رواه أبو داود بإسناده عن شيخ من بني تميم، قال: خطبنا علي - رضي الله عنه - قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْمُضْطَرِّ وَبَيْعِ الْغَرَرِ وَبَيْعِ الثَّمَرَةِ قَبْلَ أَنْ تُدْرَكَ»[(٢)].

ورواه البيهقي عن شيخ من بني تميم عن علي قَالَ: «سَيَأْتِي عَلَى النَّاسِ زَمَانٌ عَضُوضٌ يَعَضُّ الْمُوسِرُ عَلَى مَا فِي يَدَيْهِ وَلَمْ يُؤْمَرْ بِذَلِكَ، قَالَ اللَّهُ جَلَّ ثَنَاؤُهُ: ﴿وَلَا تَنسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] يَعِزُّ[(٣)] الْأَشْرَارُ وَيُسْتَذَلُّ الْأَخْيَارُ وَمَا يُمْنَعُ الْمُضْطَرُّونَ[(٤)]..

وَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْمُضْطَرِّ وَعَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ وَعَنْ بَيْعِ الثَّمَرَةِ قَبْلَ أَنْ تُطْعِمَ»، وهذا الإسناد ضعيف؛ لأن هذا الشيخ[(٥)] مجهول.

قال البيهقي: وقد روى من أوجه عن علي وابن عمر وكلها غير قوية.

ومنها: ما رواه البيهقي بإسناد ضعيف[(٦)] عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال:

= الإنصاف لأنه مأمور بإنصاف ذي الحق قبله. ونحن مأمورون بذلك. ويمنعه من المطل الذي هو ظلم وإذ لا سبيل إلا منعه من الظلم إلا ببيع بعض ماله. فنحن مأمورون ببيعه. أما من أكرهه ظالم أو كافر على غرم ماله بالضغط ولم يكرهه الكافر أو الظالم على البيع لكن ألزمه المال فقط. فباع في أداء ما أكره عليه بغير حق فبيعه صحيح. لأنه لم يكره على البيع. وإنما أكرهه على إعطاء المال فقط فلو أنه أتى بالمال عن طريق القرض أو من غير البيع ما ألزمه الظالم البيع فصح أنه بيع تراض. أما حكم أخذ المال فسيأتي تحت عنوان الإكراه على أخذ المال. ينظر المحلى لابن حزم ٩/٢١، ٢٢ .

(١) تقدم.

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٧٥) كتاب البيوع باب بيع المضطر (٣٣٨٢)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ١٧) في كتاب البيوع باب ما جاء في بيع المضطر وبيع المكره.

(٣) في أ: وينهر.

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى (٦/ ١٧).

(٥) في أ: الحج.

(٦) أخرجه أبو داود (٣/ ١٣)، كتاب الجهاد: باب في ركوب البحر (٢٤٨٩)، وقال المنذري =

قال رسول الله ﷺ: «لَا يَرْكَبَنَّ رَجُلٌ بَحْرًا إِلَّا غَازِيًا أَوْ مُعْتَمِرًا أَوْ حَاجًّا، فَإِنَّ تَحْتَ الْبَحْرِ نَارًا وَتَحْتَ النَّارِ بَحْرًا وَتَحْتَ الْبَحْرِ نَارًا، وَلَا يُشْتَرَى مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ فِي ضَغْطَةٍ» قال البخارى: لا يصح هذا الحديث، والله تعالى أعلم.

فرع: ذكر الخطابى فى تفسير حديث على - رضى الله عنه - أن بيع المضطر يكون على وجهين:

أحدهما: أن يضطر إلى العقد من طريق الإكراه عليه فلا ينعقد العقد.

والثانى: أن يضطر إلى البيع لدين أو مؤنة ترهقه، فيبيع ما فى يده، فالوكس من أجل الضرورة، فسبيله من حيث المروءة ألا يترك حتى يبيع ماله، ولكن يعان ويقرض ويستمهل له إلى الميسرة، حتى يكون له فيه بلاغ.

فإن عقد البيع على هذا الوجه صح ولم يفسخ، ولكن كرهه عامة أهل العلم.

هذا لفظ الخطابى رضى الله عنه، والله أعلم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: ولا ينعقد البيع إلا بالإيجاب والقبول، فأما المعاطاة فلا ينعقد بها البيع؛ لأن اسم البيع لا يقع عليه.

والإيجاب أن يقول: بعتك أو ملكتك أو ما أشبههما، والقبول أن يقول: قبلت أو ابتعت أو ما أشبههما.

فإن قال المشترى: بعنى، فقال البائع: بعتك، انعقد البيع؛ لأن ذلك يتضمن الإيجاب والقبول.

وإن كتب رجل إلى رجل ببيع سلعة ففيه وجهان:

أحدهما: ينعقد البيع؛ لأنه موضع ضرورة.

والثانى: لا ينعقد.

وهو الصحيح لأنه قادر على النطق، فلا ينعقد البيع بغيره، وقول القائل الأول: إنه موضع ضرورة لا يصح؛ لأنه يمكنه أن يوكل من يبيعه بالقول.

الشرح: فيه مسائل:

= فى هذا الحديث اضطراب.

قال أبو داود رواته مجهولون وذكره البخارى فى تاريخه.

وذكر له هذا الحديث وذكر اضطرابه وقال: لم يصح حديثه وقال الخطابى وقد ضعفوا إسناد هذا الحديث، ينظر عون المعبود (٦/٦/١٦٧).

إحداها: المشهور من مذهبنا أنه لا يصح البيع إلا بالإيجاب والقبول، ولا تصح المعاطاة فى قليل ولا كثير، وبهذا قطع المصنف والجمهور.

وفيه وجه مشهور عن ابن سريج: أنه يصح البيع بالمعاطاة، خرجه من مسألة الهدى إذا قلده صاحبه، فهل يصير بالتقليد هديا منذورا؟ فيه قولان مشهوران:

الصحيح الجديد: لا يصير.

والقديم: أنه يصير ويقام الفعل مقام القول، فخرج ابن سريج من ذلك القول وجها فى صحة البيع بالمعاطاة.

ثم إن الغزالى والمتولى وصاحب العدة والرافعى والجمهور نقلوا عن ابن سريج أنه تجوز المعاطاة فى المحقرات.

وهو مذهب أبى حنيفة، فإنه جوزها فى المحقرات دون الأشياء النفيسة.

ونقل إمام الحرمين هذا عن أبى حنيفة، ونقل عن ابن سريج أنه جوزها ولم يقيد الإمام فى نقله عن ابن سريج بالمحقرات كما قيد فى نقله عن أبى حنيفة، ولعله أراد ذلك واكتفى بالتقييد عن أبى حنيفة.

وقد أنكر الشيخ أبو عمرو بن الصلاح على الغزالى كونه حكى عن ابن سريج تجويزها فى المحقرات، وقال: ليست مختصة عند ابن سريج بالمحقرات، وهذا الإنكار على الغزالى غير مقبول؛ لأن المشهور عن ابن سريج التخصيص بالمحقرات كما ذكرناه، والله أعلم.

واختار جماعات من أصحابنا جواز البيع بالمعاطاة فيما يعد بيعا.

وقال مالك: كل ما عده الناس بيعا فهو بيع، وممن اختار من أصحابنا أن المعاطاة - فيما يعد بيعا - صحيحة وأن ما عده الناس بيعا فهو بيع - صاحب الشامل والمتولى والبغوى والرويانى، وكان الرويانى يفتى به.

وقال المتولى: وهذا هو المختار للفتوى، وكذا قاله آخرون.

وهذا هو المختار؛ لأن الله تعالى أحل البيع ولم يثبت فى الشرع لفظ له فوجب الرجوع إلى العرف فكل ما عده الناس بيعا كان بيعا كما فى القبض والحرز وإحياء الموات وغير ذلك من الألفاظ المطلقة فإنها كلها تحمل على العرف، ولفظة البيع مشهورة، وقد اشتهرت الأحاديث بالبيع عن النبى ﷺ وأصحابه - رضى الله عنهم -

فى زمنه وبعده، ولم يثبت فى شىء منها مع كثرتها اشتراط الإيجاب والقبول، والله أعلم.

وأحسن من ذكر هذه المسألة وأوضحها المتولى، فقال: المعاطاة التى جرت بها العادة بأن يزن النقد، ويأخذ المتاع من غير إيجاب ولا قبول ليست بيعا على المشهور من مذهب الشافعى.

وقال ابن سريج: كل ما جرت العادة فيه بالمعاطاة وعده[1] بيعا فهو بيع. وما لم تجر فيه العادة بالمعاطاة كالجوارى والدواب والعقار لا يكون بيعا.

قال: وهذا هو المختار للفتوى. وبه قال مالك[2].

وقال أبو حنيفة[3]: المعاطاة بيع فى المحقرات.

فأما النفيس فلا بد فيه من الإيجاب والقبول.

ووجه المشهور: القياس على النكاح، فإنه لا ينعقد إلا باللفظ وقياسا على العقار والنفائس.

ووجه طريقة ابن سريج: أن البيع كان معهودا قبل ورود الشرع، فورد ولم يغير حقيقة[4]، بل علق به أحكاما فوجب الرجوع فيه إلى العرف، وكل ما كان عدوه بيعا جعلناه بيعا، كما يرجع فى إحياء الموات والحرز والقبض إلى العرف.

قال: ولم ينقل عنهم لفظ التبايع، والله أعلم.

فرع: صورة المعاطاة التى فيها الخلاف السابق: أن يعطيه درهما أو غيره ويأخذ منه شيئا فى مقابله[5]، ولا يوجد لفظ أو يوجد لفظ من أحدهما دون الآخر، فإذا

---

(١) فى أ: عدده.

(٢) قال فى التحفة وهو يلزم بالقول الدال على الرضا الباطن وبالاستيجاب والمعاطاة، يعنى أن البيع ينعقد ويلزم بالقول الذى يدل على الرضا كما يلزم بالإيجاب والقبول، وبالمعاطاة عند الجمهور خلافا للشافعى.

(٣) قال فى تبيين الحقائق (٤/ ٣): البيوع هو مبادلة المال بالمال بالتراضي، ويلزم بإيجاب وقبول وبتعاط أي يلزم بالتعاطي أيضًا، ولا فرق بين أن يكون المبيع خسيسًا أو نفيسًا، وزعم الكرخي أنه ينعقد به في شيء خسيس لجريان العادة، ولا ينعقد في النفيس لعدمها، والصحيح الأول؛ لأن جواز البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ وقد وجد التراضي من الجانبين، فوجب أن يجوز.

(٤) فى أ: حقيقة.

(٥) فى أ: مقابلته.

ظهر - والقرينة وجود الرضى من الجانبين - حصلت المعاطاة، وجرى فيها الخلاف.

وقد صرح بهذا التصوير المتولى كما قدمناه عنه، وكذا صرح به آخرون.

قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح - رضى الله عنه - : وما وجد من بعض أئمتنا فى تصويرها من ذكر لفظ كقوله: خذ وأعط[١]، فهو داخل فى عموم ما ذكرناه من القرينة، فإن ذلك مفروض فيما إذا لم ينو البيع بهذا اللفظ الذى قرن بالعطية، فإن نواه به فهى مسألة البيع بالكناية.

وفى صحته بالكناية وجهان:

أصحهما: الصحة مع قولنا: لا ينعقد بالمعاطاة، هذا كلام أبى عمرو.

فأما إذا أخذ منه شيئا ولم يعطه شيئا، ولم يتلفظا ببيع، بل نويا أخذه بثمنه المعتاد كما يفعله كثير من الناس، فهذا باطل بلا خلاف؛ لأنه ليس ببيع لفظى ولا معاطاة ولا يعد بيعا فهو باطل ولنعلم هذا ولنحترز منه، ولا نغتر بكثرة من يفعله، فإن كثيرا من الناس يأخذ الحوائج من البياع مرة بعد مرة من غير مبايعة ولا معاطاة، ثم بعد مدة يحاسبه ويعطيه العوض، وهذا باطل بلا خلاف، لما ذكرناه، والله أعلم.

فرع: الرجوع فى القليل والكثير والمحقر والنفيس إلى العرف، فما عدوه من المحقرات، وعدوه بيعا، فهو بيع، وإلا فلا، هذا هو المشهور؛ تفريعا على صحة المعاطاة.

وحكى الرافعى وجها: أن المحقر دون نصاب السرقة.

وهذا شاذ ضعيف، بل الصواب أنه لا يختص بذلك، بل يتجاوزه إلى ما يعده أهل العرف بيعا، والله أعلم.

فرع: إذا قلنا بالمشهور: إن المعاطاة لا يصح بها البيع، ففى حكم المأخوذ بها ثلاثة أوجه، حكاها المتولى وغيره مجموعة، وحكاها متفرقة[٢] آخرون:

أصحها عندهم: له حكم المقبوض ببيع فاسد، فيطالب كل واحد [منهما صاحبه بما دفع اليه][٣] رد ما قبضه إن كان باقيا، وإلا فرد بدله.

---

(١) فى أ: أعطنى.
(٢) فى أ: مفرقة.
(٣) سقط فى ط.

فلو كان الثمن الذى قبضه البائع مثل القيمة، فقد قال الغزالى فى الإحياء: هذا مستحق ظفر بمثل حقه، والمالك راض فله تملكه لا محالة.

وظاهر كلام المتولى وغيره: أنه يجب ردها مطلقا.

والوجه الثانى: أن هذا إباحة لازمة لا يجوز الرجوع فيها. قاله القاضى أبو الطيب وحكاه عنه صاحبه صاحب الشامل.

قال: وأوردت عليه.

وأجاب فأوردت على جوابه.

وذكر ذلك كله.

وحاصله تضعيف هذا الوجه بما ضعفه به هو والمتولى.

وهو أنه لو أتلف أحدهما ما أخذه وبقى مع الآخر ما أخذه لم يكن لمن تلف فى يده أن يسترد الباقى فى يد صاحبه من غير أن يغرم له بدل ما تلف عنده.

ولو كان هذا إباحة لكان له الرجوع، كما لو أباح[1] كل واحد منهما لصاحبه طعامه، وأكل أحدهما دون الآخر، فإن للآكل أن يرجع عن الإباحة ويسترد طعامه بلا خلاف.

والوجه الثالث: أن العوضين يستردان.

فإن تلفا فلا مطالبة لأحدهما[2]، ويسقط عنهما الضمان، ويتراد منهما بالتراضى السابق.

وهذا قول الشيخ أبى حامد الإسفراييني وأنكروه عليه، وأوردوا عليه سائر العقود الفاسدة فإنه لا يراه فيها وإن وجد الرضى.

قال المتولى: ولأن إسقاط الحقوق طريقه اللفظ؛ كالعفو عن القصاص والإبراء عن الديون، فإن أقمنا التراضى مقام اللفظ فى الإسقاط وجب أن نقيمه مقامه فى انعقاد العقد. والله أعلم.

فرع: ذكر أبو سعيد بن أبى عصرون تفريعا على المشهور أن البيع لا يصح بالمعاطاة أنه لا مطالبة بين الناس فيها فى الدار الآخرة، لوجود طيب النفس بها،

---

(١) فى أ: أباع.
(٢) فى أ: لواحد منهما.

ووقوع الاختلاف فيها.

هذا لفظه فى كتابه الانتصار؛ فيحتمل أنه أراد ما قدمناه عن الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب فى الوجه الثالث والثانى، والظاهر أنه أراد أنه لا مطالبة على كل وجه بها فى الدار الآخرة، وإن كانت المطالبة ثابتة فى الدنيا على الخلاف السابق، والله أعلم.

فرع: الخلاف المذكور فى المعاطاة فى البيع يجرى فى الإجارة والرهن والهبة ونحوها.

هكذا ذكره المتولى وآخرون.

وأما الهدية وصدقة التطوع ففيها خلاف مرتب على البيع: إن صححناه بالمعاطاة ولم نشترط فيه لفظا فيهما أولى بذلك.

وإن شرطنا اللفظ فى البيع ففيهما وجهان مشهوران عند الخراسانيين، وذكرهما جماعة من العراقيين:

أحدهما - وبه قطع المصنف فى باب اختلاف الزوجين فى الصداق، وآخرون من العراقيين أو أكثرهم -: يشترط فيهما الإيجاب والقبول؛ كالبيع.

وأصحهما عند الجمهور: لا يشترط، وهو الصواب.

قال الرافعى فى أول كتاب الهبة: هذا هو الصحيح الذى عليه قرار المذهب ونقله الأثبات من متأخرى الأصحاب وقطع به المتولى والبغوى، واعتمده الرويانى وغيرهم.

واحتجوا بأن الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله ﷺ فيأخذها، ولا لفظ هناك.

وعلى ذلك جرى الناس فى جميع الأعصار؛ ولهذا كانوا يبعثون بها على أيدى الصبيان الذين لا عبارة لهم.

قال أصحابنا: فإن قيل: كان هذا إباحة لا هدية وتمليكا.

فالجواب: أنه لو كان إباحة ما تصرفوا فيه تصرف الملاك، ومعلوم أن ما قبله النبى ﷺ من الهدايا كان يتصرف فيه ويملكه غيره.

قال الرافعى: ويمكن أن يحمل كلام من اعتبر الإيجاب والقبول على الأمر المشعر بالرضا دون اللفظ، ويقال: الإشعار بالرضا يكون لفظا، ويكون فعلا، والله أعلم.

فرع: إذا اشترطنا الإيجاب والقبول باللفظ، فالإيجاب كقول البائع: بعتك هذا أو ملكتك، ونحوهما من الألفاظ، وفى ملكتك وجه شاذ، حكاه الماوردى وآخرون أنه ليس بصريح؛ لأنه مستعمل فى الهبة.

وادعى الماوردى أنه الأصح، وليس كما قال، بل المذهب الأول، وبه قطع المصنف والجمهور.

والقبول كقول المشترى: قبلت أو ابتعت أو اشتريت أو تملكت.

قال الرافعى: ويجىء فى تملكت ذلك الوجه، قال أصحابنا: وسواء تقدم قول البائع أو قول المشترى: اشتريت، فقال البائع بعده: بعت، فيصح البيع فى الحالين بلا خلاف؛ لحصول المقصود.

قال أصحابنا: ولا يشترط اتفاق اللفظين، بل لو قال البائع: بعتك أو اشتريت، فقال المشترى: تملكت أو قال البائع: ملكتك، فقال المشترى اشتريت - صح بلا خلاف؛ لأن المعنى واحد.

وكذا فى النكاح لو قال: زوجتك بنتى فقال: قبلت نكاحها، أو قال: أنكحتها، فقال: قبلت تزويجها - صح النكاح بلا خلاف.

المسألة الثانية: قال أصحابنا: كل تصرف يستقل به الشخص كالطلاق والعتاق والإبراء ينعقد بالكناية مع النية بلا خلاف، كما ينعقد بالصريح.

وأما ما لا يستقل به، بل يفتقر إلى إيجاب وقبول فضربان:

أحدهما: ما يشترط فيه الإشهاد؛ كالنكاح وبيع الوكيل إذا شرط الموكل الإشهاد، فهذا لا ينعقد بالكناية مع النية بلا خلاف؛ لأن الشاهد لا يعلم النية.

والثانى: ما لا يشترط فيه الإشهاد، وهو نوعان:

أحدهما: ما يقبل مقصوده التعليق بالغرر؛ كالكتابة والخلع فينعقد بالكناية مع النية بلا خلاف؛ لأن مقصود الكتابة العتق ومقصود الخلع الطلاق وهما يصحان بالكناية مع النية.

والثانى: ما لا يقبله؛ كالبيع والإجارة والمساقاة وغيرها، وفى انعقاد هذه العقود بالكناية مع النية وجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين.

أصحهما: الانعقاد؛ كالخلع ولحصول التراضى مع جريان اللفظ وإرادة المعنى،

يدل عليه من حيث السنة حديث جابر فى قصة بيعه جمله للنبى ﷺ وهو حديث طويل مشهور فى الصحيحين وغيرهما، قال فيه: «قال لى النبى ﷺ: بعنى جملك، فقلت: إن لرجل على أوقية ذهب فهو لك بها قال: قد أخذته به» هذا لفظ رواية مسلم.

قال أصحابنا: ومثال الكناية فى البيع أن يقول: خذه منى بألف، أو تسلمه بألف، أو أدخلته فى ملكى بألف، أو جعلته لك أو هو لك بألف، وما أشبهها، ولو قال: أبحته لك بألف فليس بكناية بلا خلاف؛ لأنه صريح فى الإباحة فلا يكون كناية فى غيره.

ولو قال: سلطتك عليه بألف، ففى كونه كناية وجهان:

أحدهما: كقوله: أبحته لك بألف.

وأصحهما: يكون؛ لأنه محتمل، وليس صريحا فى الإباحة بخلاف: أبحته.

قال إمام الحرمين: وفى هذا الخلاف فى انعقاد البيع ونحوه بالكناية مع النية هو فيما إذا عدمت قرائن الأحوال، فإن توفرت وأفادت التفاهم وجب القطع بالصحة، لكن النكاح لا يصح بالكناية وإن توفرت القرائن.

وأما البيع المقيد بالإشهاد، فقال الغزالى فى الوسيط: الظاهر انعقاده عند توفر القرائن، والله أعلم.

فرع: قال الغزالى فى الفتاوى: لو قال أحد المتبايعين: بعنى، فقال: قد باعك الله أو بارك الله فيه، أو قال فى النكاح: زوجك الله ابنتى، أو قال فى الإقالة: قد أقالك الله، أو قد رده الله عليه - فهذا كله كناية فلا يصح النكاح بكل حال، وأما البيع والإقالة فإن نواهما صحا، وإلا فلا، وإذا نواهما كان التقدير: قد أقالك الله لأنى أقلتك، والله أعلم.

المسألة الثالثة: إذا كتب إلى غائب بالبيع ونحوه:

قال أصحابنا: هو مرتب على أن الطلاق هل يقع بالكتب مع النية، وفيه خلاف، والأصح: صحته ووقوعه.

فإن قلنا: لا يصح الطلاق فهذه العقود أولى ألا تنعقد.

وإن قلنا: بالصحة ففى البيع ونحوه الوجهان فى انعقاده بالكناية مع النية، وهذان

الوجهان مشهوران، ذكرهما المصنف بدليلهما.

أصحهما عند المصنف: لا يصح.

والثانى - وهو الأصح -: أنه يصح البيع ونحوه بالمكاتبة لحصول التراضى، لا سيما وقد قدمنا أن الراجح انعقاده بالمعاطاة، وقد صرح الغزالى فى الفتاوى والرافعى فى كتاب الطلاق بترجيح صحة البيع ونحوه بالمكاتبة [وكذا صرح به غيرهما فالحاصل أن الأصح صحة البيع بالمكاتبة][1].

قال أصحابنا: وإن قلنا: يصح فشرطه أن يقبل المكتوب إليه بمجرد اطلاعه على الكتاب، وهذا هو الأصح.

وفيه وجه ضعيف: أنه لا يشترط القبول[2]، بل يكفى التواصل اللائق بين الكتابين.

أما إذا تبايع حاضران بالكتابة[3]: فقال أصحابنا: إن منعناه فى الغيبة فهاهنا أولى، وإلا فوجهان، وإذا صححنا البيع بالمكاتبة جاز القبول بالكتب وباللفظ، ذكره إمام الحرمين وغيره.

قال أصحابنا: وحكم الكتب على القرطاس والرق واللوح والأرض والنقش على الحجر والخشب واحد، ولا أثر لرسم الأحرف على الماء والهواء.

قال بعض الأصحاب تفريعا على صحة البيع بالمكاتبة: لو قال: بعت دارى لفلان وهو غائب، فلما بلغه الخبر قال: قبلت - انعقد البيع؛ لأن النطق أقوى من الكتب. والله تعالى أعلم.

فرع: أما النكاح ففى انعقاده بالمكاتبة خلاف مرتب على البيع ونحوه ذكره إمام الحرمين والبغوى وآخرون قالوا: إن قلنا: لا يصح البيع فالنكاح أولى وإلا فوجهان:

والمذهب: أنه لا يصح؛ لأن الشهادة شرط فيه، ولا اطلاع للشهود على النية، ولو قالا بعد المكاتبة: نوينا، كانت شهادة على إقرارهما لا على نفس العقد فلا يصح.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: الفور.
(٣) فى أ: بالمكاتبة.

ومن جوزه اعتمد الحاجة.

قال أصحابنا: وحيث حكمنا بانعقاد النكاح بالمكاتبة فليكتب: زوجتك بنتى، ويحضر الكتاب عدلان، ولا يشترط أن يحضرهما، ولا أن يقول لهما: اشهدا، بل لو حضرا بأنفسهما كفى فإذا بلغ الكتاب الزوج فليقبل لفظا، ويكتب القبول ويحضر القبول شاهدا الإيجاب.

فإن شهده آخران فوجهان:

أصحهما: لا يصح؛ لأنه لم يحضره شاهد له.

والثاني: الصحة؛ لأنه حضر الإيجاب والقبول شاهدان ويحتمل تغايرهما كما احتمل الفصل بين الإيجاب والقبول.

ثم إذا قبل لفظا أو كتابة يشترط كونه على الفور.

هذا هو المذهب وفيه وجه ضعيف كما سبق فى البيع، والله أعلم.

فرع: لو كتب إليه: وكلتك فى بيع كذا من مالى أو إعتاق عبدى فإن قلنا: الوكالة لا تفتقر إلى القبول فهو ككتب الطلاق وإلا فكالبيع ونحوه، والمذهب الصحة، والله أعلم.

فرع: قال الغزالى فى الفتاوى: إذا صححنا البيع بالمكاتبة فكتب إليه به فقبل المكتوب إليه، ثبت له خيار المجلس ما دام فى مجلس القبول.

قال: ويتمادى خيار الكاتب إلى أن ينقطع خيار المكتوب إليه حتى لو علم أنه رجع عن الإيجاب قبل مفارقة المكتوب إليه مجلسه صح رجوعه، ولم ينعقد البيع، والله أعلم.

المسألة الرابعة: لو قال الطالب: بعنى، فقال: بعتك، إن قال بعده: اشتريت أو قبلت - انعقد البيع بلا خلاف.

وإن لم يقبل بعده بل اقتصر على قوله أولا: بعنى، فطريقان، حكاهما إمام الحرمين وآخرون:

أحدهما: القطع بالصحة، وبه قطع المصنف وجمهور العراقيين كما ذكره المصنف.

والثاني: فيه وجهان، وقيل: قولان:

أحدهما: الصحة.

والثانى: البطلان.

قال إمام الحرمين وغيره: نص الشافعى أن البيع لا ينعقد، ونص مثله فى النكاح أنه ينعقد، فقيل قولان فيهما بالنقل والتخريج:

أصحهما: الصحة فيهما.

والثانى: البطلان فيهما. وهو مذهب أبى حنيفة.

وقيل بالفرق على ظاهر النصين؛ لأن البيع قد يقع بغتة فيكون قوله: بعنى على سبيل الاستفهام بحذف الهمزة بخلاف النكاح، فإنه لا يقع فى الغالب إلا بعد طلب ومراودة، فلا يراد به الاستفهام، والمذهب الصحة فيهما، والله أعلم.

ولو قال: اشتر منى، فقال المشترى: اشتريت فطريقان:

أصحهما - وبه قطع البغوى -: أنه كالصورة السابقة.

والثانى: لا ينعقد قطعا.

أما إذا قال المشترى: أتبيعنى عبدك بكذا؟ أو قال: بعتنى بكذا، فقال: بعت، لا ينعقد البيع بلا خلاف، إلا أن يقول بعده: اشتريت، وكذا لو قال البائع: أتشترى دارى؟ أو اشتريت منى؟ فقال: اشتريت - لا ينعقد بلا خلاف حتى يقول بعده: بعت، والله أعلم.

فرع: قال أصحابنا: يشترط لصحة البيع ونحوه ألا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول، وألا يتخللهما أجنبى عن العقد، فإن طال أو تخلل لم ينعقد، سواء تفرقا من المجلس أو لا.

قال أصحابنا: ولا يضر الفصل اليسير ويضر الطويل، وهو ما أشعره بإعراضه عن القبول، ولو تخللت كلمة أجنبية بطل العقد، ولو مات المشترى بعد الإيجاب وقبل القبول ووارثه حاضر فقبل، فوجهان: الصحيح: لا يصح البيع؛ لعدم الإيجاب والقبول من المتعاقدين.

والثانى: الصحة، وبه قال الدارمى؛ لأن الوارث كالميت، ولهذا يقوم مقامه فى خيار المجلس على الصحيح المنصوص، والله أعلم.

فرع: إذا وجد أحد شقى العقد من أحدهما اشترط إصراره عليه حتى يوجد الشق الآخر.

واشترط أيضا بقاؤهما على أهلية العقد، فلو رجع عنه قبل وجود الشق الآخر أو مات أو جن أو أغمى عليه بطل الإيجاب، ولو قبل الآخر بعده لم يصح، وكذا لو أذنت المرأة فى عقد نكاحها حيث يشترط إذنها، ثم أغمى عليها قبل العقد بطل إذنها، ولو قال المشترى: بعتك، فمات المشترى قبل القبول، بطل العقد، فلو كان وارثه حاضرا فقبل أو جن فقبل وليه، لم يصح البيع.

وهذا هو المذهب، وبه قطع الأصحاب فى كل الطرق.

وحكى الرويانى وجها: أنه يصح قبول الوارث، وهذا شاذ باطل، وسنوضح الفرق بينه وبين انتقال خيار الشرط وخيار المجلس إلى الوارث فى مسائل الخيار، إن شاء الله تعالى.

فرع: قال أصحابنا: يشترط موافقة القبول الإيجاب فلو قال: بعتك بألف صحاح، فقال: قبلت بألف قراضة أو عكسه، أو قال: بألف حال فقبل بمؤجل أو عكسه، أو قال: بألف مؤجل إلى شهر فقبل بمؤجل إلى شهرين أو نصف شهر، أو قال: بعتكه بألف درهم فقبل بألف دينار أو عكسه، أو قال بعتكه بألف، فقال: قبلت نصفه بخمسمائة - لم يصح بلا خلاف؛ لأنه لا يعد قبولا.

ولو قال: بعتك هذا بألف، فقال: قبلت نصفه بخمسمائة ونصفه بخمسمائة:

قال المتولى: يصح العقد؛ لأنه تصريح بمقتضى الإطلاق.

وقال الرافعى: فيه نظر، وهو كما قال الرافعى، لكن الظاهر الصحة.

وفى فتاوى القفال أنه لو قال: بعتكه بألف درهم، فقال: اشتريت بألف وخمسمائة - صح البيع.

قال الرافعى: هذا غريب، وهو كما قال، والظاهر هنا فساد العقد؛ لعدم الموافقة.

فرع: إذا قال السمسار المتوسط بينهما للبائع: بعت بكذا؟ فقال: نعم أو بعت، وقال للمشترى: اشتريت بكذا؟ فقال: نعم، أو اشتريت، فوجهان حكاهما الرافعى:

أصحهما عند الرافعى وغيره: الانعقاد؛ لوجود الصيغة والتراضى.

والثانى: لا ينعقد؛ لعدم تخاطبهما. وبهذا قطع المتولى.

فرع: إذا قال: بعتك بألف، فقال: قبلت فقط، صح البيع بلا خلاف، بخلاف النكاح، فإن الصحيح أنه يشترط أن يقول: قبلت نكاحها أو تزويجها، والفرق الاحتياط للأبضاع.

فرع: لو قال: بعتك هذا بألف إن شئت، فقال: شئت، لم يصح البيع بلا خلاف، وصرح به المتولى وغيره، قالوا: لأن لفظ المشيئة ليس من ألفاظ التمليك.

وإن قال: قبلت فوجهان حكاهما المتولى وغيره:

أحدهما: لا يصح؛ لأن الصيغة صيغة تعليق ولا مدخل له فى المعاوضات[1]، فصار كقوله: بعتك إن دخلت الدار.

وأصحهما: الصحة؛ لأنه تصريح بمقتضى الحال، فإن القبول إلى مشيئة القابل، وبهذا فارق سائر ألفاظ التعليق، والله تعالى أعلم.

فرع: إذا باع مال نفسه لولده أو مال ولده لنفسه، فهل يفتقر إلى صيغتى الإيجاب والقبول؟ أم يكفى أحدهما؟ فيه وجهان مشهوران:

الأصح: يفتقر فيقول: بعت مال ولدى بكذا واشتريته له أو قبلته له؛ لتنتظم صورة البيع.

والثاني: يكفى أحدهما.

ولأنه لما قام الوالد فى صحة العقد مقام اثنين قام لفظه مقام لفظين، والله أعلم.

فرع: قال أصحابنا: يصح بيع الأخرس وشراؤه بالإشارة المفهومة وبالكتابة، بلا خلاف للضرورة.

قال أصحابنا: ويصح بهما جميع عقوده وفسوخه، كالطلاق والعَتاق والنكاح والظهار والرجعة والإبراء والهبة وسائر العقود والفسوخ ونحوها، بل قالوا: إشارته المفهومة كعبارة الناطق إلا فى صورتين فيهما خلاف، وهما شهادته وإشارته بالكلام فى صلاته.

والأصح: أنه لا تصح شهادته، ولا تبطل صلاته؛ لأن الشهادة يحتاط لها، والصلاة لا تبطل إلا بكلام حقيقى، وهذا مما يسأل عنه فيقال: إنسان باع وهو يصلى فيصح بيعه ولم تبطل صلاته، وهذه صورته ويتصور أيضا فيمن باع فيها

---

(١) فى أ: المفاوضات.

بالكلام ناسيا للصلاة ولم يطل، فإنه يصح بيعه ولا تبطل صلاته، والله أعلم.

فرع: قال المتولى والأصحاب: تقديم المساومة على البيع ليس بشرط لصحته، بل لو لقى رجلا فى طريقه فقال: بعتك هذا بألف، فقال: قبلت أو اشتريت - صح البيع بلا خلاف؛ لأن اللفظ صريح فى حكمه، فلا يتوقف على قرينة ولا سابقة.

فرع: قال أصحابنا: جميع ما سبق من اشتراط صيغتى الإيجاب والقبول هو فيما ليس بضمنى من البيوع، فأما البيع الضمنى فيما إذا قال: أعتق عبدك عنى على ألف، فلا تشترط فيه الصيغ التى قدمناها، بل يكفى فيه الالتماس والإعتاق عنه بلا خلاف، كما ذكره المصنف والأصحاب فى كتاب كفارة الظهار، والله تعالى أعلم.

فرع: قال أصحابنا: ينعقد البيع والإجارة ونحوهما من عقود المعاملات بالعجمية وسائر اللغات، سواء أحسن العربية أو لا، وهذا لا خلاف فيه.

وفرق المتولى والأصحاب بينه وبين النكاح على قولنا: لا ينعقد بالعجمية، بأن فى النكاح معنى التعبد، ولهذا اختص بلفظ التزويج والإنكاح، فأشبه ألفاظ الأذكار فى الصلاة، والله تعالى أعلم.

فرع: يشترط فى صحة البيع أن يذكر الثمن فى حال العقد فيقول: بعتكه بكذا، فإن قال: بعتك هذا واقتصر على هذا فقال المخاطب: اشتريت أو قبلت - لم يكن هذا بيعا بلا خلاف، ولا يحصل به الملك للقابل على المذهب وبه قطع الجمهور.

وقيل: فيه وجهان:

أصحهما: هذا.

والثانى: يكون هبة.

وإذا قلنا بالمذهب: إنه لا يكون تمليكا فقبضه القابل كان مضمونا عليه على المذهب.

وقيل: فيه وجهان كالهبة الفاسدة، فإن فى المقبوض بها وجهين:

أحدهما: أنه مضمون.

أصحهما: لا، والصحيح هنا الضمان قطعا.

فرع: قال المتولى: لو قال: وهبت لك هذا بألف، أو هذا لك هبة بألف فقبل، هل ينعقد هذا العقد؟ هذا فيه خلاف مبنى على قاعدة، وهى أن الاعتبار فى العقود بظواهرها أم بمعانيها؟ وفيه وجهان:

أحدهما: الاعتبار بظواهرها؛ لأن هذه الصيغ موضوعة لإفادة المعانى وتفهيم المراد منها عند إطلاقها، فلا تترك ظواهرها، ولهذا لو استعمل لفظ الطلاق وأراد به الظهار أو عكسه تعلق باللفظ دون المنوى.

ولأن اعتبار المعنى يؤدى إلى ترك اللفظ.

ولأنا أجمعنا على أن ألفاظ اللغة لا يعدل بها عما وضعت له فى اللغة فيطلق اللفظ لغة على ما وضع له، فكذا ألفاظ العقود.

ولأن العقود تفسد باقتران شرط مفسد، ففسادها بتغير مقتضاها أولى.

والوجه الثانى: أن الاعتبار بمعانيها؛ لأن الأصل فى الأمر الوجوب، فإذا تعذر حمله عليه حملناه على الاستحباب، وأصل النهى التحريم، فإذا تعذر حمله عليه حملناه على كراهة التنزيه، وكذا هنا إذا تعذر حمل اللفظ على مقتضاه يحمل على معناه.

ولأن لفظ العقد إذا أمكن حمله على وجه صحيح لا يجوز تعطيله، ولهذا لو باعه بعشرة دراهم وفى البلد نقود، أحدها غالب، حملناه على الغالب، طلبا للصحة.

قال المتولى: ويتفرع على هذه القاعدة مسائل:

منها: المسألة الأولى: وهى إذا قال: وهبته لك بألف، فإن اعتبرنا المعنى انعقد بيعا.

وإن اعتبرنا اللفظ فسد العقد، فإذا حصل المال فى يده كان مقبوضا بحكم عقد فاسد.

ومنها: لو قال: بعتكه ولم يذكر ثمنا، فإن اعتبرنا المعنى انعقد هبة وإلا فبيع فاسد.

ومنها: لو قال: أسلمت هذا الدينار أو دينارا فى هذا الثوب: فإن اعتبرنا المعنى انعقد بيع عين، وإلا فهو سلم فاسد، والله أعلم.

فرع: إذا كان العقد بين بائع ووكيل المشترى فليقل البائع له: بعتك، ويقول الوكيل: اشتريت، وينوى موكله فيقع العقد للموكل، وإن لم يسمه.

فلو قال البائع: بعت موكلك فلانا، فقال الوكيل: اشتريت له، لم يصح العقد على المذهب. وبه قطع الجمهور.

وفيه وجه ضعيف: أنه يقع العقد للوكيل.

والصواب الأول؛ لأنه لم يجر بينهما تعاقد.

قال أصحابنا: وهذا بخلاف النكاح؛ فإن الولى يقول لوكيل الزوج: زوجت بنتى فلانا يعنى الزوج ويقول الوكيل: قبلت نكاحها له، فلو لم يقل له ففيه الخلاف المشهور فيما إذا قال الزوج: قبلت ولم يقل: نكاحها:

الأصح: لا يصح.

فلو قال الولى للوكيل: زوجتك بنتى لك، فقال: قبلت نكاحها لفلان، لم ينعقد.

وإن قال: قبلت نكاحها، وقع العقد للوكيل ولم ينصرف إلى الموكل.

ولو جرى النكاح بين وكيلين، فقال وكيل الولى: زوجت فلانة فلانا، فقال وكيل الزوج: قبلت نكاحها لفلان - صح.

وفرق الأصحاب بين البيع والنكاح بوجهين:

أحدهما: أن الزوجين كالثمن والمثمن ولا بد من تسميتهما.

والثانى: أن البيع يرد على المال، وهو قابل للنقل من شخص إلى شخص، والنكاح يرد على البضع، وهو لا يقبل النقل، ولهذا لو قبل النكاح لزيد بوكالته فأنكرها زيد، لم يصح العقد له، ولواشترى لزيد بوكالة فأنكرها، صح الشراء للوكيل.

قال صاحب البيان فى باب الوكالة: ولو وكله أن يزوج بنته زيدا فزوجها وكيل زيد لزيد، صح، ولو وكله فى بيع عبده لزيد فباعه وكيل زيد لزيد لم يصح.

والفرق بينهما: أن النكاح لا يقبل الملك والبيع يقبله، ولهذا يقول وكيل النكاح للولى: زوج موكلى، ولا يقول: زوجنى لموكلى، ويقول فى البيع: بعنى لموكلى، ولا يقول: بع موكلى، والله أعلم.

قال أصحابنا: فى الهبة يشترط فى قبول وكيل المتهب أن يسمى موكله فى القبول فيقول: قبلت لفلان أو لموكلى فلان. فإن لم يسمه وقع للمخاطب لجريان العقد معه، ولا ينصرف إلى الموكل بالنية؛ لأن الواهب قد يقصد بتبرعه المخاطب.

وليس كل أحد يسمح عليه بالتبرع بخلاف البيع، فإن مقصوده حصول العوض، والله أعلم.

فرع: قال أصحابنا: فى بيع الهازل وشرائه وجهان:

أصحهما: ينعقد؛ كالطلاق وغيره.

والثانى: لا؛ لأن الطلاق يقبل الإعذار.

قال القاضى حسين: وهما مبنيان على مسألة السر والعلانية فى الصداق، وهى إذا تواطآ فى السر على أن المهر ألف، ثم عقداه فى العلانية بألفين فقولان، هل المهر مهر السر أو العلانية؟.

فإن قلنا: بالسر، لم ينعقد بيع الهازل؛ لأنه لم يقصد بيعا وإلا فينعقد عملا باللفظ، ولا مبالاة بالقصد. والله أعلم.

هكذا ذكر الجمهور الخلاف فى بيع الهازل وجهين.

وقال الجرجانى: هما قولان، قال: وقيل: وجهان، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإذا انعقد البيع ثبت لكل واحد من المتبايعين الخيار بين الفسخ والإمضاء إلى أن يتفرقا أو يتخايرا؛ لما روى ابن عمر رضى الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا أَوْ يَقُولُ أَحَدُهُمَا لَلْآخَرِ اخْتَرْ»، والتفرق أن يتفرقا بأبدانهما بحيث إذا كلمه على العادة لم يسمع كلامه؛ لما روى نافع: أن ابن عمر - رضى الله عنهما -: «كان إذا اشترى شيئا مشى أذرعا ليجب البيع ثم يرجع».

ولأن التفرق فى الشرع مطلق، فوجب أن يحمل على التفرق المعهود، وذلك يحصل بما ذكرناه وإن لم يتفرقا ولكن جعل بينهما حاجز من ستر أو غيره لم يسقط الخيار؛ لأن ذلك لا يسمى تفرقا.

وأما التخاير فهو أن يقول أحدهما للآخر: اختر إمضاء البيع أو فسخه، فيقول الآخر: اخترت إمضاءه أو فسخه فينقطع الخيار؛ لقوله عليه السلام: «أَوْ يَقُولُ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ: اخْتَرْ» فإن خير أحدهما صاحبه فسكت لم ينقطع خيار المسئول، وهل ينقطع خيار السائل؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا ينقطع خياره؛ كما لو قال لزوجته: اختارى فسكتت فإن خيار الزوج فى طلاقها لا يسقط.

والثانى: أنه ينقطع لقوله عليه السلام: «أَوْ يَقُولُ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ: اخْتَرْ» فدل على أنه إذا قال ذلك يسقط خياره، ويخالف تخيير المرأة فإن المرأة لم تكن مالكة

للخيار، وإذا خيرها فقد ملكها ما لم تكن تملكه، فإذا سكتت بقى على حقه، وها هنا المشترى يملك الفسخ فلا يفيد تخييره إسقاط حقه من الخيار.

فإن أكرها على التفرق ففيه وجهان:

أحدهما: يبطل الخيار؛ لأنه كان يمكنه أن يفسخ بالتخاير، فإذا لم يفعل فقد رضى بإسقاط الخيار.

والثانى: أنه لا يبطل؛ لأنه لم يوجد منه أكثر من السكوت، والسكوت لا يسقط الخيار.

فإن باعه على ألا[١] خيار له، ففيه وجهان:

من أصحابنا من قال: يصح؛ لأن الخيار جعل رفقا بهما، فجاز لهما تركه؛ ولأن الخيار غرر فجاز إسقاطه.

وقال أبو إسحاق: لا يصح.

وهو الصحيح؛ لأنه خيار يثبت بعد تمام البيع فلم يجز إسقاطه قبل تمامه[٢] كخيار الشفيع.

فإن قلنا بهذا فهل يبطل العقد بهذا الشرط؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يبطل؛ لأن هذا الشرط لا يؤدى إلى الجهل بالعوض والمعوض.

والثانى: يبطل؛ لأنه يسقط موجب العقد فأبطله؛ كما لو شرط ألا يسلم المبيع.

الشرح: حديث ابن عمر [٣] رواه البخارى ومسلم بلفظه.

وأما الأثر المذكور عن ابن عمر[٤] أنه كان يمشى أذرعا فهو فى الصحيحين بغير هذا اللفظ، لفظ البخارى: «فَارَقَ صَاحِبَهُ»، وَلَفْظُ مُسْلِمٍ: «قَامَ فَمَشَى هُنَيْهَةً ثُمَّ رَجَعَ»، ولفظ الترمذى قال نافع: «فكان ابن عمر إذا ابتاع بيعا وهو قاعد قام ليجب

(١) فى أ : أنه.

(٢) فى أ: إتمامه.

(٣) أخرجه البخارى (٥/ ٥٤، ٥٥) فى كتاب البيوع باب إذا لم يُوَقِّت الخيار، هل يجوز البيع (٢١٠٩)، ومسلم (٣/ ١١٦٣) فى كتاب البيوع باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (٤٣/ ١٥٣١)، وأبى داود (٢/ ٢٩٤) فى كتاب البيوع باب فى خيار المتبايعين (٣٤٥٥)، واللفظ للبخارى وأبى داود.

(٤) ذكره البخارى (٥/ ٥٣) (٢١٠٧) عن نافع معلقًا بصيغة الجزم وأخرجه مسلم (٣/ ١١٦٤) (٤٥/ ١٥٣١).

له البيع»[١].

وقوله: «أو يقول» هكذا هو فى الصحيحين وفى المهذب أو يقول وهو منصوب اللام و «أو» هنا ناصبة بتقدير إلا أن يقول، أو إلى أن يقول، ولو كان معطوفا على «ما» لكان مجزوما، ولقال: «أو ليقل».

وقوله: «ليجب البيع» معناه: ليلزم.

قوله: «وهاهنا المشترى يملك الفسخ»، كان الأجود للقابل بدل المشترى؛ لأن القابل قد يكون البائع، وقد يكون المشترى.

وقوله: «لأنه خيار ثبت بعد تمام البيع»، قال القلعى: قيل: هو احتراز عن خيار القبول فى البيع، قال: والظاهر أنه لا احتراز فيه، وإنما ذكره لبيان معنى العلة.

أما الأحكام: فقال أصحابنا: الخيار ضربان:

خيار نقص: وهو ما يتعلق بفوات شىء مظنون الحصول.

وخيار شهوة: وهو ما لا يتعلق بفوات شىء.

فالأول له باب مستقل، وهو الذى سماه المصنف بعد هذا «باب بيع المصراة والرد بالعيب».

وأما الثانى فله سببان: المجلس، والشرط، فيقال: خيار المجلس وخيار الشرط، وإذا صححنا بيع الغائب أثبتنا فيه خيار الرؤية، فتصير الأسباب ثلاثة.

ثم فى الفصل مسائل:

إحداها: فيما ثبت فيه خيار المجلس من العقود، وقد جمعها أصحابنا هنا، وأعادوها فى أبوابها مفرقة، واقتصر المصنف على ذكرها فى أبوابها مفرقة، والمختار: طريقة الجمهور فنسلكها.

قال أصحابنا: العقود ضربان:

أحدهما: العقود الجائزة: إما من الطرفين؛ كالشركة والوكالة الوديعة والعارية والدين والفرائض[٢] والجعالة.

وإما من أحدهما؛ كالضمان والرهن والكتابة.

---

(١) ذكره الترمذى (٢/ ٥٢٦) فى باب ما جاء فى البيعين بالخيار ما لم يتفرقا (١٢٤٥).

(٢) فى أ: القراض.

فلا خيار فيها كلها؛ لأنه متمكن من الفسخ متى شاء.

وفى وجه ضعيف: يثبت الخيار فى الكتابة والضمان وهو ضعيف، وممن حكاه فى خيار المجلس وخيار الشرط الدارمى وهو شاذ.

قال أصحابنا: وقد يتطرق الفسخ بسبب آخر إلى الرهن إن كان مشروطا فى بيع وأقبضه قبل التفرق، فيمكن فسخ الرهن بأن يفسخ البيع فيفسخ الرهن تبعا.

والضرب الثانى: العقود اللازمة، وهى نوعان:

واردة على العين.

وواردة على المنفعة.

والأول؛ كالبيع والصرف وبيع الطعام بالطعام والسلم والتولية والتشريك وصلح المعاوضة، فيثبت فيها كلها خيار المجلس، ويستثنى منها صور:

إحداها: إذا باع ماله لولده، أو مال ولده لنفسه، ففى ثبوت خيار المجلس وجهان:

أصلحهما[1]: ثبوته.

فعلى هذا يثبت خيار للولد وخيار للأب، ويكون الأب نائب الولد، فإن ألزم البيع لنفسه وللولد لزم، وإن ألزم لنفسه بقى الخيار للولد، فإذا فارق المجلس لزم العقد على الأصح من الوجهين.

والثانى: لا يلزم إلا بالإلزام؛ لأنه لا يفارق نفسه، وإن فارق المجلس.

وذكر الماوردى أن الوجه الأول قول أبى إسحاق المروزى، قال: والثانى قول جمهور أصحابنا.

قال: فعلى الثانى، لا ينقطع الخيار إلا بأن يختار الأب لنفسه وللولد، فإن لم يختر ثبت الخيار للولد إذا بلغ.

والمذهب الأول.

قال البغوى: ولو كان العقد بينه وبين ولده صرفا ففارق المجلس قبل القبض، بطل العقد على الوجه الأول، ولا يبطل على الثانى إلا بالتخاير.

الثانية: لو اشترى من يعتق عليه كولده ووالده:

---

(١) فى أ: أصحهما.

قال جمهور الأصحاب: يبنى خيار المجلس على أقوال الملك فى زمن الخيار.

فإن قلنا: هو للبائع فلهما الخيار، ولا يحكم بالعتق حتى يمضى زمن الخيار.

وإن قلنا: موقوف فلهما الخيار فإذا أمضيا العقد تبينا أنه عتق بالشراء.

فإن قلنا: الملك للمشترى، فلا خيار له ويثبت للبائع.

[وفى عتقه][(١)] وجهان:

أصحهما: لا يعتق حتى يمضى زمن الخيار، ثم حكم بعتقه من يوم الشراء.

والثانى: يحكم بعتقه حين الشرى.

وعلى هذا، هل ينقطع خيار البائع؟ فيه وجهان كالوجهين فيما إذا أعتق المشترى العبد الأجنبى فى زمن الخيار، وقلنا: الملك له.

قال البغوى: ويحتمل أن يحكم بثبوت الخيار للمشترى أيضا، تفريعا على أن الملك له، وألا يعتق العبد فى الحال؛ لأنه لم يوجد منه الرضا إلا بأصل العقد، هذه طريقة الجمهور، وهى المذهب.

وقال إمام الحرمين: المذهب: أنه لا خيار.

وقال الأودنى: يثبت.

وتابع الغزالى إمامه على ما اختاره.

قال الرافعى: واختيارهما شاذ، والصحيح ما سبق عن الأصحاب.

وحكى القاضى حسين فى بيع الأعطية عن الأودنى أنه يثبت الخيار، قال: وعليه حمل قوله ﷺ فى الحديث الصحيح: «لن يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه».

قال: وصورته إذا كان الخيار للمشترى، وقلنا: الملك للبائع وأعتقه - صح، قال: ولو قلنا: الملك للمشترى، صح[(٢)] العقد ولم يتصور إعتاقه؛ لأنه صار بمجرد الشراء حرا.

الثالثة: الصحيح المنصوص أن شراء العبد نفسه من سيده جائز.

وفيه قول ضعيف أو وجه: أنه لا يصح.

---

(١) فى أ: ومتى يعتق فيه.
(٢) فى أ: عتق بنفس.

وقد ذكر المصنف المسألة فى أول كتاب الإقرار، وذكر فيها طريقين:

المذهب والمنصوص: صحته.

والثانى: على قولين.

فإذا قلنا بالصحة ففى ثبوت خيار المجلس وجهان حكاهما أبو الحسن العبادى والقاضى حسين، ومالا إلى ترجيح ثبوته، وقطع الغزالى والمتولى بترجيح[١] ثبوته، وهو الأصح؛ لأن مقصوده العتق فأشبه الكتابة.

الرابعة: فى ثبوت الخيار فى شرى الجمد فى شدة الحر وجهان حكاهما المتولى والرويانى وآخرون؛ لأنه يتلف بمضى الزمان.

والأصح: ثبوته.

الخامسة: إن صححنا بيع الغائب ولم يثبت خيار المجلس مع خيار الرؤية، فهذا المبيع[٢] من صور الاستثناء.

السادسة: إن باع بشرط نفى خيار المجلس فثلاثة أوجه، سنذكرها مبسوطة قريبا إن شاء الله تعالى:

أحدها: يصح البيع والشرط.

فعلى هذا، تكون هذه الصورة مستثناة، هذا حكم البيع بأنواعه، والله أعلم.

لا يثبت خيار المجلس فى صلح الحطيطة، ولا فى الإبراء، ولا فى الإقالة. إن قلنا: إنها فسخ، وإن قلنا: هى بيع، ففيها الخيار.

ولا يثبت فى الحوالة إن قلنا: إنها ليست معاوضة، وإن قلنا: معاوضة لم يثبت أيضا على أصح الوجهين؛ لأنها ليست على قاعدة[٣] المعاوضات.

ولا يثبت فى الشفعة للمشترى، وفى ثبوته للشفيع وجهان مشهوران:

أصحهما: لا يثبت، وممن صححه المصنف فى التنبيه، والفارقى والرافعى فى المحرر، وقطع به البغوى فى كتابيه التهذيب وشرح مختصر المزنى، وهو الراجح فى الدليل أيضا، فإن أثبتنا[٤] فقيل: معناه أنه بالخيار بين الأخذ والترك مادام فى

---

(١) فى أ: بعدم.
(٢) فى أ: البيع.
(٣) فى أ: قواعد.
(٤) فى أ: أثبتناه.

المجلس مع تفريعنا على قولنا: الشفعة على الفور.

قال إمام الحرمين: هذا الوجه غلط، بل الصحيح: أنه على الفور، ثم له الخيار فى نقض الملك ورده ما دام فى المجلس، وهذا هو الصواب، وهى حقيقة خيار المجلس.

وأما من اختار عين ماله لإفلاس المشترى فلا خيار له.

وفيه وجه: أنه يثبت له الخيار ما دام فى المجلس، والصحيح الأول.

ولا خيار فى الوقف والعتق والتدبير والطلاق والرجعة وفسخ النكاح وغيره والوصية، ولا فى الهبة إن لم يكن ثواب، فإن كان ثواب مشروط أو قلنا: نقيصته الإطلاق - فلا خيار أيضا على أصح الوجهين؛ لأنها لا تسمى بيعا، والحديث ورد فى المتبايعين.

قال المتولى وغيره: موضع الوجهين من الهبة بعد القبض، أما قبله فلا خيار قطعا.

وأما إذا رجع البائع فى المبيع لفلس المشترى، فالأصح: أنه لا خيار له.

وحكى الدارمى فيه قولين عن حكاية ابن القطان، ويثبت الخيار فى القسمة إن كان فيها رد، وإلا فإن جرت بالإجبار فلا رد، وإن جرت بالتراضى:

فإن قلنا: إنها إقرار، فلا خيار.

وإن قلنا: بيع فلا خيار أيضا على أصح الوجهين، هكذا ذكرهما الأصحاب.

وقال المتولى: إن كانت قسمة إجبار وقلنا: هى بيع فلا خيار للمجبر، وفى الطالب وجهان كالشفيع.

النوع الثانى: العقد الوارد على المنفعة، فمنه النكاح ولا خيار فيه بلا خلاف، ولا خيار فى الصداق على أصح الوجهين، فإن أثبتناه ففسخت وجب مهر المثل، وعلى هذين الوجهين يكون ثبوت خيار المجلس فى عوض الخلع.

والأصح أيضا: أنه لا يثبت فيه، ولا تندفع الفرقة بحال، ومنه الإجارة، وفى ثبوت خيار المجلس فيها وجهان:

أصحهما عند المصنف وشيخه أبى القاسم الكرخى - بالخاء -: يثبت. وبه قال الإصطخرى وابن القاص.

وأصحهما عند إمام الحرمين والبغوى والجمهور: لا يثبت، وبه قال أبو على بن

خيران وأبو إسحاق المروزى.

قال القفال وطائفة: الخلاف فى إجارة العين.

أما الإجارة على الذمة فيثبت فيها قطعا كالسلم، فإن أثبتنا الخيار فى إجارة العين ففى ابتداء مدتها وجهان:

أحدهما: من وقت انقضاء الخيار بالتفرق.

فعلى هذا لو أراد المؤجر أن يؤجره لغيره فى مدة الخيار:

قال الإمام: لم يجوزه أحد فيما أظن، وإن كان محتملا فى القياس.

وأصحهما: أنه يحسب[1] من وقت العقد.

فعلى هذا، على من تحسب مدة الخيار؟ إن كان قبل تسليم العين إلى المستأجر فهى محسوبة على المؤجر، وإن كان بعده فوجهان؛ بناء على أن المبيع إذا هلك فى يد المشترى فى زمن الخيار على[2] ضمان من يكون؟ فيه وجهان:

الأصح: من ضمان المشترى.

فعلى هذا، تحسب على المستأجر، وعليه تمام الأجرة.

والثانى: من ضمان البائع.

فعلى هذا، تحسب على المؤجر، ويحط من الأجرة قدر ما يقابل تلك المدة.

وأما المساقاة ففى ثبوت خيار المجلس فيها طريقان:

أصحهما: فيه الخلاف السابق فى الإجارة.

والثانى: القطع بالمنع لعظم الغرر فيها، فلا يضم إليه غرر الخيار.

وأما المساقاة[3] ؛ فكالإجارة إن قلنا: إنها لازمة، وكالعقود الجائزة إن قلنا: إنها جائزة، والله تعالى أعلم.

المسألة الثانية: لو تبايعا بشرط نفى خيار المجلس، ففيه ثلاثة أوجه، ذكرها المصنف بأدلتها وهى مشهورة، وذكرها القاضى حسين أقوالا:

أصحها: أن البيع باطل، وهو المنصوص فى البويطى والقديم.

والثانى: أنه صحيح ولا خيار.

---

(١) فى أ : أنها تحسب.

(٢) فى أ: من.

(٣) فى أ: المسابقة.

والثالث: صحيح والخيار ثابت.

ولو شرطا نفى خيار الرؤية على قولنا: يصح بيع الغائب، فالمذهب القطع ببطلان البيع، وبه قطع الأكثرون، وطرد الإمام والغزالى فيه الخلاف، وهذا الخلاف يشبه الخلاف فى شرط البراءة من العيوب، ويتفرع على نفى خيار المجلس ما إذا قال لعبده: إن بعتك فأنت حر، ثم باعه بشرط نفى الخيار:

فإن قلنا: البيع باطل أو صحيح ولا خيار، لم يعتق.

وإن قلنا: صحيح والخيار ثابت، عتق؛ لأن عتق البائع فى مدة الخيار نافذ، والله أعلم.

المسألة الثالثة: أنه فيما ينقطع به خيار المجلس:

قال أصحابنا: كل عقد ثبت فيه هذا الخيار حصل انقطاع الخيار فيه بالتخاير، ويحصل أيضا بالتفرق بأبدانهما عن مجلس العقد.

أما التخاير فهو أن يقولا: تخايرنا أو اخترنا إمضاء العقد أو أمضيناه، أو أجزناه أو ألزمناه وما أشبهها.

ولو قال أحدهما: اخترت إمضاءه انقطع خياره، وبقى خيار الآخر؛ كما إذا أسقط أحدهما خيار الشرط.

وفيه وجه شاذ: أنه لا يبقى للآخر خيار أيضا؛ لأن هذا الخيار لا يتبعض ثبوته، ولا يتبعض سقوطه، حكاه المتولى وغيره وهو فاسد.

وفيه وجه ثالث حكاه القاضى حسين وإمام الحرمين: أنه لا يبطل خيار القائل ولا صاحبه؛ لأن شأن الخيار أن يثبت بهما أو يسقط فى حقهما، ولا يسقط[1] حق الساكت فينبغى ألا يسقط حق القائل أيضًا وهذا الوجه شاذ فاسد، فحصل ثلاثة أوجه:

الصحيح: سقوط خيار القائل فقط.

والثانى: يسقط خيارهما.

والثالث: يبقى خيارهما.

أما إذا قال أحدهما للآخر: اختر أو خيرتك، فقال الآخر: اخترت، فإنه ينقطع

---

(١) فى أ: لا يمكن إسقاط.

خيارهما بلا خلاف، لما ذكره المصنف، وإن سكت الآخر لم ينقطع خيار الساكت بلا خلاف؛ لما ذكره المصنف.

وفى خيار القائل وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما:

أحدهما: لا يسقط خياره. قال الرويانى: هو قول القفال.

وأصحهما باتفاق الأصحاب: يسقط، وممن صرح بتصحيحه صاحب الشامل والبغوى والمتولى والرويانى والرافعى وآخرون.

قال أصحابنا: ولو اختار[1] واحد وفسخ الآخر حكم بالفسخ؛ لأنه مقصود الخيار، ولو قالا: أبطلنا الخيار، أو قالا: أفسدنا، فوجهان حكاهما إمام الحرمين عن حكاية والده أبى محمد:

أحدهما: لا يبطل الخيار؛ لأن الإبطال يشعر بمناقضة الصحة ومنافاة الشرع، وليس كالإجازة، فإنها تصرف فى الخيار.

والثانى: يبطل الخيار. وهو الأصح.

قال الإمام: الوجه الأول ضعيف جدا، ولكن رمز إليه شيخى، وذكره الصيدلانى.

أما إذا تقابضا فى المجلس وتبايعا العوضين بيعا ثانيا، فيصح البيع الثانى أيضا على المذهب.

وبه قطع الجمهور؛ لأنه رضاء بلزوم الأول.

وقيل: فيه خلاف مبنى على أن الخيار هل يمنع انتقال الملك إلى المشترى أم لا؟.

فإن قلنا: يمنع، لم يصح، وإلا فسخ، والصواب الأول.

ولو تقابضا فى الصرف ثم أجازا فى المجلس لزم العقد، فإن اختاراه[2] قبل التقابض فوجهان:

أحدهما: تلغو الإجازة فيبقى الخيار.

وأصحهما: يلزم العقد، وعليهما التقابض، فإن تفرقا قبل التقابض انفسخ العقد

(١) فى أ: أجاز.
(٢) فى أ: أجازاه.

ولا يأثمان إن تفرقا عن تراض، وإن انفرد أحدهما بالمفارقة أثم هو وحده.

وفيه وجه ثالث: أنه يبطل العقد بالتخاير قبل القبض؛ لأن التخاير كالتفرق، ولو تفرقا قبل القبض فى الصرف بطل العقد، وسنوضح المسألة إن شاء الله تعالى مبسوطة فى باب الربا حيث ذكرها المصنف، والله أعلم.

وأما التفرق فهو أن يتفرقا بأبدانهما، فلو أقاما فى ذلك المجلس مدة متطاولة كسنة أو أكثر، أو قاما أو تماشيا مراحل، فهما على خيارهما، هذا هو الصحيح وبه قطع الجمهور.

وفيه وجه ضعيف حكاه القاضى حسين وإمام الحرمين والغزالى وآخرون من الخراسانيين: أنه لا يزيد على ثلاثة أيام؛ لئلا يزيد على خيار الشرط.

وفيه وجه ثالث: أنهما لو شرعا فى أمر آخر وأعرضا عما يتعلق بالعقد فطال الفصل انقطع الخيار، حكاه الرافعى.

والمذهب الأول.

قال أصحابنا: والرجوع فى التفرق إلى العادة، فما[1] عده الناس تفرقا فهو تفرق ملتزم للعقد، وما لا فلا.

قال أصحابنا: فإذا كانا فى دار صغيرة فالتفرق أن يخرج أحدهما منها أو يصعد السطح، وكذا لو كانا فى مسجد صغير أو سفينة صغيرة فإن كانت الدار كبيرة حصل التفرق بأن يخرج أحدهما من البيت إلى الصحن أو من الصحن إلى بيت أو صفة.

وإن كانا فى سوق أو صحراء أو ساحة أو بيعة[2] فإذا ولى أحدهما ظهره ومشى قليلا حصل التفرق على الصحيح من الوجهين.

والثانى قاله الإصطخرى، بشرط أن يبعد عن صاحبه، بحيث لو كلمه على العادة من غير رفع الصوت لم يسمع كلامه، وبهذا قطع المصنف وشيخه القاضى أبو الطيب فى تعليقه، وصححه أبو الطيب فى المجرد.

والمذهب: الأول، وبه قطع الجمهور ونقله المتولى والرويانى عن جميع الأصحاب سوى الإصطخرى.

---

(١) فى أ: مما.

(٢) فى أ: واسعة.

واحتجوا له بما رواه المصنف عن ابن عمر وهو صحيح كما سبق، ودلالته للجمهور ظاهرة.

وحكى القاضى أبو الطيب والروياني وجها: أنه يكفى أن يوليه ظهره، ونقله الرويانى عن ظاهر النص لكنه مؤول، والمذهب الأول، والله أعلم.

قال أصحابنا: فلو لم يتفرقا ولكن جعل بينهما حائل من ستر أو نحوه، أو شق بينهما نهر لم يحصل التفرق بلا خلاف، وإن بنى بينهما جدار فوجهان حكاهما[(١)] القاضى حسين والبغوى والرافعى وآخرون.

أصحهما: لا يحصل التفرق؛ كما لو جعل بينهما ستر؛ ولأنهما لم يتفرقا، وممن صححه البغوى والرافعى وظاهر كلام المصنف القطع به؛ لأنه قال: لو جعل بينهما حاجز من ستر وغيره لم يسقط الخيار.

والثانى: يسقط، وبه قطع المتولى، وادعى أنه يسمى تفرقا، وليس كما قال.

وقال الرويانى: إن جعل بينهما حائط أو غيره لم يحصل التفرق؛ لأنهما لم يتفرقا ولأنهما لو غمضا أعينهما لم يحصل التفرق، وقال والدى: إن جعل الحائط بينهما بأمرهما فوجهان:

الصحيح: لا يحصل التفرق.

قال: وقيل إن أرخى ستر لم يحصل، وإن بنى حائط حصل، وليس بشىء.

قال أصحابنا: وصحن الدار والبيت الواحد إذا تفاحش اتساعهما كالصحراء فيحصل التفرق فيه بما ذكرناه [فى الصحراء][(٢)] والله أعلم.

فرع: لو تناديا وهما متباعدان وتبايعا، صح البيع بلا خلاف.

وأما الخيار:

فقال إمام الحرمين: يحتمل أن يقال: لا خيار لهما؛ لأن التفرق الطارئ يقطع الخيار فالمقارن يمنع ثبوته قال: ويحتمل أن يقال: ثبت ما داما فى موضعهما، فإذا فارق أحدهما موضعه بطل خياره وهل يبطل خيار الآخر؟ أم يدوم إلى أن يفارق مكانه؟ فيه احتمالان للإمام، وقطع المتولى بأن الخيار يثبت لهما ما داما فى

---

(١) فى أ: ذكرهما.
(٢) سقط فى ط.

موضعهما فإذا فارق أحدهما موضعه ووصل إلى موضع لو كان صاحبه معه فى الموضع عد تفرقا حصل التفرق وسقط الخيار، هذا كلامه.

والأصح فى الجملة: ثبوت الخيار وأنه يحصل التفرق بمفارقة أحدهما موضعه وينقطع بذلك خيارهما جميعا، وسواء فى صورة المسألة كانا متباعدين فى صحراء أو ساحة أو كانا فى بيتين من دار، أو فى صحن وصفة، صرح به المتولى، والله أعلم.

فرع: إذا أكره أحد العاقدين على مفارقة المجلس فحمل مكرها حتى أخرج منه، أو أكره حتى خرج بنفسه، فإن منع من الفسخ بأن سد فمه - لم ينقطع خياره على المذهب.

وبه قطع الشيخ أبو حامد وجمهور الأصحاب، وهو مقتضى كلام الأصحاب

وقيل: فى انقطاعه وجهان، قاله القفال، وحكاه جماعات من الخراسانيين وصاحب البيان.

قالوا: وهما مبنيان على الخلاف الذى سنذكره - إن شاء الله تعالى - فى انقطاع الخيار بالموت، قالوا: وهنا أولى ببقائه؛ لأن إبطال حقه قهرا بعيد أما إذا لم يمنع من الفسخ فطريقان:

أحدهما: ينقطع وجها واحدا. قاله القفال، وحكاه جماعات.

والثانى - هو الصحيح وبه قطع المصنف والجمهور -: فيه وجهان، ذكر المصنف بدليليهما[1]:

أحدهما: ينقطع، قاله أبو إسحاق المروزى.

والثانى: لا ينقطع، وهو الصحيح باتفاقهم، وهو قول جمهور أصحابنا المتقدمين وغيرهم، وهو داخل فى القاعدة السابقة قريبا أن الإكراه يسقط أثر ذلك المشى ويكون كأنه لم يوجد.

فالحاصل أن المذهب أنه لا ينقطع الخيار سواء منع من الفسخ أم لا.

قال أصحابنا: فإن قلنا: ينقطع خياره انقطع أيضا خيار الماكث فى المجلس؛ لحصول التفرق، وإلا فله التصرف فيه بالفسخ والإجازة إذا تمكن.

---

(١) فى أ: دليلهما.

وهل خياره بعد التمكن على الفور؟ أم يمتد امتداد مجلس التمكن؟ فيه وجهان كالوجهين اللذين سنذكرهما - إن شاء الله تعالى - فيما إذا مات، وقلنا: يثبت الخيار لوارثه.

فإن قلنا: لا يقيد بالفور، وكان مستقرا حين زايله الإكراه فى مجلس، امتد الخيار امتداد ذلك المجلس، وإن كان مارا فإذا فارق فى مروره مكان التمكن - انقطع خياره، وليس عليه الرجوع إلى مجلس العقد ليجتمع هو والعاقد الآخر إن طال الزمان؛ لأن المجلس قد انقطع حسا فلا معنى للعود إليه، هكذا نقله الإمام وجزم به قال: فإن قصر الزمان ففى تكليفه الرجوع احتمال، والله أعلم.

وإذا قلنا: لا يبطل خيار المكره على المفارقة لم يبطل خيار الماكث أيضا إن منع الخروج معه، فإن لم يمنع فوجهان:

أصحهما: يبطل، وهكذا ذكر الأصحاب المسألة، ولم يفرقوا بين من حمل مكرها أو أكره على التفرق وقال المتولى والبغوى وطائفة: هذا التفصيل فيما إذا حمل مكرها، فإن أكره حتى تفرقا بأنفسهما ففى انقطاع الخيار قولان كحنث الناس، والله أعلم.

فرع: لو هرب أحد العاقدين ولم يتبعه الآخر، فقد أطلق الأكثرون أنه ينقطع خيارهما، ممن أطلق ذلك وجزم به الفورانى والمتولى وصاحبا العدة والبيان وغيرهم.

وقال البغوى والرافعى: إن لم يتبعه الآخر مع المتمكن[1] بطل خيارهما، وإن لم يتمكن بطل خيار الهارب دون الآخر.

والصحيح ما قدمناه عن الأكثرين؛ لأنه متمكن من الفسخ بالقول.

ولأنه فارقه باختياره فأشبه إذا مشى على العادة، بخلاف ما قدمناه فى المكره، فإنه لا فعل له بسبب الإكراه، فكأنه لم يفارق، والله تعالى أعلم.

فلو هرب وتبعه الآخر. قال المتولى: يدوم الخيار ما داما متقاربين، فإن تباعدا بحيث يعد فرقة بطل خيارهما، والله أعلم.

فرع: قال أصحابنا: لو جاء المتعاقدان معا فقال أحدهما: تفرقنا بعد العقد

---

(١) فى أ: التمكن.

فنلزمه[١]، وقال الثانى: لم نتفرق، وأراد الفسخ، فالقول قول الثانى مع يمينه؛ لأن الأصل عدم التفرق، ولو اتفقا على التفرق وقال أحدهما: فسخت قبله وأنكر الآخر، فوجهان:

الصحيح: أن القول قول المنكر عملا بالأصل، وبه قطع القاضى حسين وصححه الرويانى والباقون.

والثانى: قول مدعى الفسخ؛ لأنه أعلم بتصرفه.

قال المتولى والرويانى: وهذا محكى عن صاحب التقريب.

ولو اتفقا على عدم التفرق وادعى أحدهما الفسخ وأنكر الآخر فدعواه الفسخ فسخ.

ولو أراد الفسخ فقال الآخر: أنت أجزت قبل هذا فأنكر الإجازة، فالقول قول المنكر؛ لأن الأصل عدمها، والله أعلم.

ولو قال أحدهما: فسخت قبل التفرق، وقال الآخر: بعده:

قال الدارمى: قال ابن القطان: فيه خلاف مبنى على الخلاف فيما إذا قال: راجعتك، فقالت: بعد العدة، قال: وحاصله أربعة أوجه:

أحدها: يصدق البائع.

والثانى: المشترى.

والثالث: السابق بالدعوى.

والرابع: يقبل قول من يدعى الفسخ فى الوقت الذى فسخ فيه، وقول الآخر فى وقت التفرق، والله أعلم.

فرع: لو مات من له الخيار أو من لو أغمى عليه فى المجلس، لم يبطل خياره بل ينتقل إلى وارثه والناظر فى أمره، هذا هو المذهب، وفيه خلاف ذكره المصنف بعد خيار الشرط، وسنوضحه بفروعه إن شاء الله تعالى.

وإن خرس:

قال أصحابنا: إن كانت له إشارة مفهومة أو كتابة فهو على خياره، وإلا نصب الحاكم نائبا عنه يعمل ما فيه حظه من الفسخ والإجازة، والله أعلم.

---

(١) فى أ: فلزمه.

أما إذا ناما فى المجلس فلا ينقطع خيارهما بلا خلاف، صرح به المتولى وغيره؛ لأن النوم لا يسمى تفرقا، والله أعلم.

فرع: يثبت خيار المجلس للوكيل دون الموكل باتفاق الأصحاب؛ لأنه متعلق بالعاقد، فلو مات الوكيل، هل ينتقل الخيار إلى الموكل؟

قال المتولى: فيه الخلاف الذى سنوضحه فى المكاتب - إن شاء الله تعالى - إذا مات هل ينتقل خياره إلى سيده؟

الأصح: الانتقال.

قال: ووجه الشبه أن الملك حصل بعقد الوكيل للموكل، لا بطريق الإرث، كما أنه حصل للسيد بحكم العقد لا بطريق الإرث، هذا كلام المتولى، وهو الأصح وفيه خلاف آخر سنذكره هناك إن شاء الله تعالى.

فرع: قال القاضى حسين فى تعليقه: لو باع الكافر عبده المسلم يثبت له خيار المجلس والشرط، فلو فسخ البيع فى مدة الخيار صح فسخه وأجبرناه على بيعه ثانيا، ويثبت له الخيار والفسخ وهكذا أبدا.

فرع: فى مذاهب العلماء فى خيار المجلس.

مذهبنا: ثبوته للمتعاقدين، وبه قال جمهور(١) العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم، حكاه ابن المنذر عن ابن عمر وأبى برزة الأسلمى الصحابى، وسعيد بن المسيب وطاوس وعطاء وشريح والحسن البصرى والشعبى والزهرى والأوزاعى وأحمد وإسحق وأبى ثور وأبى عبيد، وبه قال سفيان بن عيينة وابن المبارك وعلى بن المدينى وسائر المحدثين، وحكاه القاضى أبو الطيب عن على بن أبى طالب وابن عباس وأبى هريرة وابن أبى ذؤيب.

وقال مالك وأبو حنيفة(٢): لا يثبت بل يلزم البيع بنفس الإيجاب والقبول، وحكى هذا عن شريح والنخعى وربيعة.

---

(١) فى أ: جماهير.

(٢) وحجة الحنفية والمالكية هى الكتاب والأثر والمعقول أما الكتاب - فأولا - قوله تعالى ﴿يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ أباح الله تعالى الأكل من مال الغير بعد حظره بطريق التجارة عن تراض، وهى تصدق بمجرد الإيجاب والقبول ما داما ناشئين عن اختيار وإرادة حرة غير مقيدة. ومن المعلوم أنه =

....

= لو ثبت لهما الخيار بالعقد لما أبيح لهما الأكل بمجرد العقد لحق الآخر فى الفسخ فدل إباحة الأكل بمجرد العقد على أنه ينعقد لازما والتجارة هى تقليب المال بالبيع والشراء.

وثانياً: قوله تعالى: ﴿يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ وقوله تعالى ﴿وأوفوا بالعهد﴾ والبيع قبل التفرق والتخاير يصدق عليه أنه عقد وأنه عهد فيكون واجب الوفاء، ولا يكون واجب الوفاء إلا حيث كان لازما إذ لو كان جائزا يجوز فسخه لم يكن واجب الوفاء.

وثالثاً: قوله تعالى ﴿وأشهدوا إذا تبايعتم﴾ أمر الله جل شأنه بالتوثق بالشهادة على البيع بعده قبل الخيار منعا للتجاحد، والتناكر، وفى هذا ما يدل على أن البيع إذا صدر لازما وإلا لم يكن للتوثق بالشهادة من فائدة لجواز فسخ البيع حينئذ.

وأما الأثر - فأولاً - قوله ﷺ «المسلمون على شروطهم» ويسلك به فى الاستدلال على المطلوب مسلك الآيات الكريمة فيقال، والعقد بمجرد الإيجاب والقبول شرط يلتزمانه فيكون واجب الوفاء.

وثانياً: ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال «البيع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله» وهذا دليل على أن صاحبه لا يملك الفسخ إلا من جهة الاستقالة، وهى هنا قبل التفرق لأنه منهى عن التفرق قبلها. ومن المعلوم أن الاستقالة لا تكون إلا فى البيع اللازم فدل ذلك على أن البيع قبل التفرق لازم.

وثالثاً: ما روى عن ابن عمر رضى الله عنه قال (كنا مع النبى ﷺ فى سفر فكنت على بكر صعب لعمر فكان يغلبنى فيتقدم أمام القوم فيزجره عمر ويرده ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده. فقال النبى ﷺ لعمر بعنيه فقال هو لك يا رسول الله قال بعنيه فباعه من رسول الله ﷺ فقال النبى ﷺ هو لك يا عبدالله بن عمر تصنع به ما شئت) رواه البخارى.

فهذا بيع صحيح من عمر رضى الله عنه للنبى ﷺ ولم يحصل بعد البيع تفرق لأن الركب كان مندفعا سويا كما أنه لم يحصل اختيار وإلا لذكر وقد وهبه الرسول لابن عمر بعد البيع فورا فدل صنيعه هذا على أن البيع ينعقد لازما لا خيار فيه وإلا لما وهبه له قبل انقضاء الخيار لأن التصرف فى المبيع أثناء الخيار غير جائز كما هى دعواكم.

رابعاً: قالوا نهى النبى ﷺ عن بيع الغرر ومن الغرر أن يثبت لهما خيار بعد البيع إلى التفرق وهو غير معلوم متى يكون؟ فيكون خيارا مجهول المدة فيفسد البيع كجهالة المدة فى شرط الخيار.

خامساً: ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال «البيع صفقة أو خيار» قسم عمر البيع قسمين بيع صفقة، وبيع خيار ومن الضرورة أن بيع الصفقة غير بيع الخيار لأنه قسيمة فيكون هناك بيع فيه خيار، وبيع لا خيار فيه هو الذى عبر عنه بالصفقة. وأنتم أيها القوم الذين أثبتم خيار المجلس أثبتموه فى كل بيع فأين هو البيع الذى لا خيار فيه والذى أشار إليه عمر رضى الله عنه.

وأما المعقول - فأولا - قاسوا البيع على النكاح بجامع أن كلا منهما عقد معاوضة والنكاح ينعقد لازما فكذا البيع والبيع كما يحتاج إلى التروى يحتاج إليه النكاح أيضاً.

وثانياً: قالوا فى جواز الفسخ من أحدهما استقلالا بموجب الخيار جواز إبطال حق =

....

= الآخر حق يده على ملكه الذى آل إليه بمقتضى العقد من غير رضاه، وهو غير جائز شرعا إذ لا ينزع من أحد حقه قهرا عنه.

هذا وقد احتج المالكية زيادة على ما تقدم بأن عمل أهل المدينة على خلاف موجب أحاديث خيار المجلس، وهى أحاديث لا تخرج عن كونها أحاديث آحاد وعمل أهل المدينة يقدم عليها لأن الأخذ بعملهم أثبت من الأخذ بأحاديث الآحاد إذ عملهم بمنزلة سنة عملية منقولة بطريق التواتر فى بلد هى مهبط الوحى ومنتدى أصحاب الرسول صلوات الله وسلامه عليه وعليهم أجمعين.

فإجماعهم على العمل بخلاف حديث لا يكون إلا وقد ثبت لديهم ما ينسخه إذا كان صريح الدلالة فكيف والأحاديث الدالة على ثبوت خيار المجلس تحتمل التأويل فهى إما منسوخة وإما محمولة على وجه غير الذى تحملونها عليه.

مناقشة الأدلة: ولنبدأ أولاً بمناقشة أدلة الجمهور: فقد اعترض عليهم (من قبل الفريق الآخر) بأن أحاديث (المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا) لا تدل على دعواكم إلا إذا كان المراد بالمتبايعين فيها من تمت بينهما عقدة البيع الإيجاب والقبول، وهذا ما لا نسلمه لكم بل المراد بهما المتشاغلان بالبيع المتساومان فيه. فإن دفعتم بأن الوصف حينئذ يكون مجازا فيهما لأنه مشتق من البيع والبيع لا يكون إلا بتمام الصيغة، والمتشاغلان لم يتم البيع بينهما بعد، ولا يصار إلى المجاز إلا بعد تعذر إرادة الحقيقة، وهى غير متعذرة هنا قلنا فى جواب هذا الدفع بل إطلاقه على المتشاغلين هو الحقيقة، وعلى من تم بينهما البيع مجازا. أما الأول فلأنه إطلاق للوصف حال الاتصاف وهو حقيقة باتفاق.

وأما الثانى فلأنه إطلاق للوصف بعد انقضاء الانصاف وهو مجاز على المذهب المنصور. وعند إيجاب أحدهما قبل قبول الآخر يصدق عليهما أنهما متشاغلان بالبيع فليكن هذا هو المراد من المتبايعين، ويكون الخيار الثابت لهما حينئذ هو خيار القبول. على معنى أن للقابل أن يقبل البيع بعد إيجاب الموجب وأن يرده وأن للموجب أن ينقض إيجابه قبل قبول القابل وأن يظل متمسكا به حتى يقبل. فإن دفعتم دفعا آخر بأن حمل الحديث على خيار القبول يجعله عديم الجدوى عاريا عن الفائدة لأن كل أحد يفهم هذا المعنى الذى حملتم عليه الحديث فليست هناك حاجة إلى النص عليه ممن نزه عن لفظ الحديث، وسقطه. قلنا فى الجواب بل الفائدة ههنا محققة، وهى دفع توهم أنه إذا أوجب أحدهما البيع فقد لزم الآخر ولو لم يقبل بسبب التراض الحاصل قبل الإيجاب.

وعلى ما اخترنا من أن الحديث محمول على خيار القبول يكون المراد من التفرق الذى جعل غاية للخيار هو تفرق الأقوال لا الأبدان كما تزعمون، وليس هذا القول منا قولا جزافا بدون ما دليل يؤيده أو إسناد يعتمد عليه بل الدليل بأيدينا قوى متين من ذلك قوله تعالى ﴿وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم البينة﴾ وقوله ﷺ «افترقت بنو إسرائيل على اثنتين وسبعين فرقة وستفترق أمتى على ثلاث وسبعين فرقة» إذ المراد من التفرق فيهما التفرق فى الاعتقاد، ومثل هذا فإن فى العرف واللغة، والأصل فى الإطلاق هو الحقيقة وتفرق الأقوال بأن يقول العاقد الآخر بعد إيجاب الأول لا أقبل =

. . . .

= البيع أولا أشترى أو بأن يرجع الموجب فى إيجابه قبل قبول القابل فيبطل خيار القبول حينئذ فإن أبيتم إلا أن يكون التفرق فى الحديث مرادا منه التفرق بالأبدان سلمناه لكم، ومنعنا أن يكون هذا حجة لكم على أن عقدة البيع قد تمت بالإيجاب والقبول لأن التفرق بالأبدان متصور قبل القبول أيضا بأن يذهب القابل بعد إيجاب الموجب ذهابا وإلا على الإعراض عن البيع، أو يفعل الموجب مثل ذلك قبل القبول فينقطع خيار القبول به أيضا، وهو مذهبنا.

فإن قلتم قوله ﷺ «أو يقول أحدهما لصاحبه اختر» يدل على أن الاختيار بعد البيع لأن معنى اختر: اختر إمضاء البيع أوفسخه فكذلك التفرق لأنه قسيمة قلنا يتصور صدور هذا اللفظ من أحدهما قبل القبول أيضاً بأن يقول الموجب للقابل بعد صدور الايجاب.

اختر على معنى أتقبل البيع أم لا

وبهذا أوضح أن الحديث مراد منه خيار القبول لا خيار المجلس الذى تدعون.

ومع هذا فلو سلمنا أنه يحتملهما معا لكان الواجب يقضى بحمله على خيار القبول جمعا بينه وبين الأدلة التى ذكرنا من الكتاب والسنة والمعقول فهى جميعها متضافرة متظاهرة على أن البيع ينعقد لازما بمجرد تمام صيغة هذا.

وأما المعقول الذى ذكرتموه فأوهى من أن يقوم على قدم وساق لأنه من جهة مصادم للنصوص التى ذكرنا.

ومن جهة أخرى هما المقصدان بعدم التروى والتريث قبل البيع.

ومجلس العقد عهد كونه محلا للتشاور قبل البيع لا بعد صدوره هذا هو خلاصة ما يرد على أدلة الجمهور وأما الحنفية والمالكية فقد ناقشهم الجمهور نقاشا عسيرا وكالوا لهم الصاع بصاعين وكان منهم المعتدل فى نقاشه ومنهم المتعسف الذى ركب رأسه وأرض لها العنان كابن حزم.

أعم عمومات الكتاب والسنة التى استدل بها المانعون لخيار المجلس فأمر الظاهريين فى الانفصال عنها واضح وذلك أن العقد يتكون عندهم من ركنين:

الأول: الصيغة وهى الإيجاب والقبول.

الثانى: التفرق أو التغاير.

فالعقد لا يكون عقدا واجب الوفاء حتى يتم ركناه الصيغة، والتفرق، وكذلك البيع، والتجارة لا يكونان بيعا وتجارة معتدا بهما شرعا، ويترتب عليهما نقل الملك، وحل الأكل، وجواز التصرف إلا بالصيغة والتفرق.

قال ابن حزم وهو يناقش أدلة الحنفية فى صدد احتجاجهم لمذهبهم بقوله تعالى ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ الذى أتانا بهذه الآية هوا لذى من عنده ندرى ما هى التجارة المباحة لنا مما حرم علينا، وما هو التراضى الناقل للملك من التراضى الذى لا ينقل الملك، ولولاه لم نعرف شيئا من ذلك. وهو الذى أخبرنا أن العقد ليس بيعا، ولا هو تجارة، ولا هو تراضيا، ولا ينقل ملكا إلا حين يستضيف إليه التفرق عن موضعهما، أو التمييز، فهذا هو البيع والتجارة.

وبمثل هذا أجاب عن احتجاجهم بقوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ وقوله تعالى ﴿وأشهدوا إذا تبايعتم﴾ والذى حمل الظاهرية على أن يجعلوا التفرق داخلا فى عقدة البيع، وغيره هو =

....

= مثل قوله ﷺ «كل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا»، وحيث نفى البيع قبل التفرق، فتكون حقيقته الشرعية معدومة قبله.

وأما غير الظاهرية فهذه الآيات والأحاديث وإن كانت مطلقة، وعامة شاملة لكل عقد وبيع وتجارة إلا أنها مقيدة أو مخصصة بالأحاديث التى ذكروا لإثبات خيار المجلس، جمعا بين الأدلة، فيكون المراد من العقود والتجارات والبيوع - العقود والتجارات والبيوع اللازمة، ولا تكون كذلك حتى يكون التفرق بالأبدان عن مجلس العقد، أو اختيار البيع.

قال المثبتون لخيار المجلس: وهذه الأحاديث التى ذكرنا ظاهرة فيه، بل تكاد تكون نصوصا قاطعة دامغة، ولكنكم تعسفتم فى تأويلها، وحملتموها على غير محملها؛ خروجا بالكلم عن مواضعه، فاضطررتمونا بهذا إلى منازلتكم فى معركة، الحق فيها فى جانبنا واضح قوى.

والظاهر من صنيعكم أيها المانعون بأحاديث خيار المجلس هذا الصنيع، وتأويلها مثل هذا التأويل الذى إليه تذهبون، أنكم لما وجدتم سندها بالغا من الصحة مبلغا، شأوه بعيد على من رام أن يجرحه، أو يجد فيه مغمزا لغامز أردتم أن تجرحوها من جهة المتن والدراية.

فقلتم مرة: أحاديث مضطربة لروايتها بروايات مختلفة، فيها زيادة وفيها نقص، ولعمرو الله، ما سلمت لكم هذه الدعوى؛ فإن القدر الذى به يثبت خيار المجلس - قد اتفقت عليه كل الأحاديث، وما فى بعضها من زيادة فهى زيادة لا تضر.

ومرة أخرى حملتموها على غير محملها، قاطعين بذلك طورا، وظانين طورا آخر. ذهبتم هذا المذهب الصعب؛ لكى توهموا عدم صلاحية هذه الأحاديث المقطوع بصحتها البالغة حد الشهرة لتقييد إطلاق الآيات التى احتججتم بها لنفى خيار المجلس، ونحن سنبين لكم بيانا فوق بيان أنها صالحة لهذا، لأنها ظاهرة إن لم تكن قاطعة فى إثبات خيار المجلس، فنقول والله تعالى هو المستعان:

قولكم: إن المراد من المتابعين فى الحديث (المتشاغلان بالبيع)، ولا من تم البيع بينهما، وإن هذا الإطلاق إطلاق حقيقى، لأنه إطلاق للوصف حال الاتصاف، ولأنه يفهم من قول القائل - زيد وعمرو هناك يتبايعان - أنهما يتشاوران فى البيع، ويتراوضان فيه على جهة التبادر، وهى أمارة الحقيقة...

قولكم: هذا باطل مناف للعرف واللغة. أما منافاته للعرف فظاهرة؛ لأن العرف يفرق بين المتبايعين، وبين المتشاغلين بالبيع المتساومين فيه، وأما أنتم فلم تفرقوا، وجعلتم الكل شيئا واحدًا، وأما منافاته للغة؛ فلأنكم تزعمون أن إطلاق المتباعين على المتشاغلين حقيقة؛ لأنه إطلاق للوصف حال الاتصاف، وهذا منكم مغالطة ظاهرة؛ لأن هذا الوصف مشتق من البيع، والبيع حقيقة مركبة من ركنين: الإيجاب، والقبول، فما دام لم يوجد القبول لم توجد حقيقة البيع، فيكون إطلاق المتبايعين على المتساومين حينئذ إطلاقا للوصف قبل الاتصاف؛ وهو مجاز باتفاق.

يقول الإمام الشافعى - رضى الله عنه -: وقد حمل بعض الناس الحديث على التفرق =

....

= في الكلام، وهذا مجال لا يجوز في اللسان إنما يكونان قبل التساوم غير متساومين، ثم يكونان متساومين قبل التبايع، ثم يكونان بعد التساوم متبايعين وناهيك بالشافعي حجة في اللغة، وثقة في النقل.

ثم لو سلم لكم أن إطلاق المتبايع على المتساوم حقيقة - لكان هذا اللفظ - المتبايعان - مجازا من وجه آخر؛ لأن الثابت قبل قبول القابل بائع واحد لا بائعان، فلو جاريناكم، وسلمنا لكم كذلك أن إطلاق هذا الوصف على ما تم بينهما البيع مجاز - لكان مجازنا خيرا من مجازكم، وأولى منه بأن يحمل الحديث عليه؛ لأنه مجاز مشهور.

وقد حاول الكمال أن يجعل إطلاق المتبايعين على المتشاغلين بالبيع بعد صدور الإيجاب، وقبل القبول من قبيل الإطلاق الحقيقي لا المجازي، فقال ما معناه:

لأن البيع من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها بوجود جزء من معنى اللفظ؛ لعدم تصور اجتماع أجزائها في الوجود دفعة واحدة؛ لأنه من المصادر السيالة التي تنقضي أجزاؤها أولا بأول، وإلا تصدق الحقيقة بوجود جزء منها ولم توجد لها حقائق ألبتة، وهذا ما يأباه العقل، واللغة، والعرف.

وذلك لأن البيع هو الإيجاب والقبول، ولا يتصور اجتماعهما معا، فإذا أوجب البيع أحدهما ولم يقبل الآخر بعد يقال: وجدت حقيقة البيع، وحيث وجدت الحقيقة صدق على كل من المتشاغلين أنه بائع حينئذ.

نظير ذلك المخبر لا حقيقة له إلا حال النطق بالخبر؛ لأنها حال المباشرة، وأجزاؤه لا تقوم به دفعة واحدة؛ لتصدق حقيقته حال قيام المعنى، بل على التعاقب.

وهذا في يقيني قياس مع الفارق، لأن البيع مثل الإخبار الأول حقيقة ربط القبول بالإيجاب، والثاني حقيقة ربط الخبر بالمبتدأ، والبائع مثل المخبر. فكما لا يسمى المتكلم بالمتبدأ مخبرا، لعدم وجود الربط بعد، وكذلك لا يسمى الموجب بائعا؛ لعدم الربط ولكنه إذا شرع في التكلم بالخبر سمي مخبرًا؛ لوجود الربط الذي هوحقيقة الإخبار كذلك إذا شرع القابل في القبول سمي بائعا؛ لوجود حقيقة البيع، وهي ربط القبول بالإيجاب، وسمي الموجب أيضا بائعا حينئذ؛ لتنزيل كلاميهما منزلة كلام واحد.

فلنا أن نختار أن حقيقة البيع إنما هي في حال قبول القابل فقط وأن إطلاق البائع على كل منهما قبله وبعده مجاز لا يقال إن تصور خيار القبول حينئذ ممكن بأن يرجع الموجب أو القابل في حال النطق بالقبول عن قوله؛ لأنا نقول: مثل هذا بعيد جدا لو جازه زمن النطق بالقبول، فلا تحمل عليه أحاديث خيار المجلس.

بقي أن يقال: ما دمنا قد اخترنا أن إطلاق البائع على كل منهما بعد البيع وقبله - مجاز فما المرجح لأن يراد من المتبايعين في الحديث من تم البيع بينهما، حتى يكون محمولا على خيار المجلس؟ ولماذا لم يكن الأمر بالعكس بأن يراد منهما من لم يتم البيع بينهما، ولكنهما يتشاغلان، حتى يكون الحديث محمولا على خيار القبول؛ لأنا نقول: المرجح موجود؛ لأن المجاز الأول مشهور بخلاف الثاني، والمشهور مقدم على غير المشهور، بل الصاحبان من الحنفية يقدمان عليه الحقيقة غير المستعملة.

بقي قول الكمال: إنه يفهم بطريق التبادر من قولنا زيد وعمرو هناك يتبايعان؛ أنهما =

....

= يتشاغلان بالبيع ويتراوضان فيه، والتبادر أمارة الحقيقة.

قلنا: لا نسلم أن التبادر دائما أمارة الحقيقة، وإنما هذا عند التجرد عن القرائن. فإنه قد يتبادر المعنى المجازى لقرينة دالة عليه. والتبادر هنا نشأ عن القرينة الحالية؛ لأن حالة المباشرة التى من أجلها يطلق لفظ البائع على كل منهما حقيقة - حالة يسيرة جدا هى حالة النطق بالقبول على ما بينا، وزمنها لا يسع مجئ المتكلم من عند البائعين، وتكليم المخاطب بهذا القول فالبضرورة يفهم من قوله: هناك يتبايعان - أنهما يتراوضان فيه.

بعد هذا التحقيق الذى تنهار له كل اعتراضات الحنفية، والمالكية على الجمهور فى استدلالهم بأحاديث الخيار على أن المراد منه خيار المجلس - نرجع إلى ما كنا فيه من دحض اعتراضاتهم تفصيلا من قبل الجمهور.

قلتم أيها المنكرون لخيار المجلس حين أوردنا عليكم أن حمل الحديث على خيار القبول يجعله عديم الجدوى؛ لأن كل واحد يعرف بالعادة والعرف أن العاقدين ما دام لم يوجد المقبول هما بالخيار؛ إن شاءا عقدا البيع، وإن شاءا لم يعقداه، قلتم: بل الفائدة محققة، وهى دفع توهم أن القابل ملزم بالبيع بمجرد إيجاب الموجب للرضا السابق.

هذا توهم لا أصل له؛ لأن عرف الناس فى المعاملة على خلافه، ولو فرض حصول هذا التوهم عند بعض الناس فهو من قبيل النادر جدًا، ولا يحصل إلا لمن جهل العرف والعادة، وإذا جهلهما فهو بالحديث أشد جهلا.

وقلتم: إن المراد بالتفرق تفرق الأقوال. وضربتم لذلك الأمثال، زاعمين أنه يطلق حقيقة عليه أيضا: وكيف نسلم لكم ذلك؟ وأهل اللغة الموثوق بنقلهم ومعرفتهم باللسان يفرقون بين افترق، وتفرق - فالأولى فى الأقوال، والثانية فى الأبدان.

وعلى ذلك يكون استعمال كل منهما موضع الأخرى مجازا. فإن أصررتم على أن الأصل فى الاستعمال الحقيقة - جاريناكم؛ ملتمسين الترجيح من دليل آخر، والدليل بحمد الله بأيدينا، سافر قوى من الحديث نفسه، ومن عمل الصحابة وأقوالهم، بينما أنتم ليس لكم من دليل سوى الاستعمال، وهو دليل مشترك بيننا وبينكم، بل نحن أسعد حظاً به منكم.

أما دليلنا من الحديث فهو ما ورد فى بعض ألفاظ الحديث المروى عن ابن عمر «وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع» ومعنى وجب ثبت ولزم، فقد رتب لزوم البيع على التفرق وهو يدل على أن التفرق بعد البيع، وأنه بالأبدان، لأن التفرق قبل البيع يلزم عدم وجوده لا لزومه فكيف والحديث نفسه يصرح بأن التفرق بعد البيع، ولا يكون بعد البيع إلا ويكون بالأبدان، ودل قوله ﷺ ولم يترك واحد منهما البيع - على أن للعاقد فسخ البيع بعد حصوله.

ومما هو صريح فى أن التفرق فى الحديث مراد منه التفرق بالأبدان - ما رواه البيهقى من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده بلفظ (حتى يتفرقا من مكانهما).

وأما دليلنا من عمل الصحابة وأقوالهم فهو ما وردت به بعض الروايات الصحيحة، وكان ابن عمر • رحمه الله - إذا بايع رجلا، فأراد ألا يقيله، قام فمشى هنيهة، ثم رجع.

وكذلك ما ورد فى قصة الرجلين اللذين احتكما إلى أبى برزة من قوله (ما أراكما =

. . . .

= افترقتما) وكان هذا القول منه بعد تمام البيع، وهذا وحده كافٍ فى أن يراد منه التفرق بالأبدان، فكيف وهو يعنى به هذا المعنى أيضا؟

فإن دفعتم بأن هذا فهم لهما فى الحديث، ولسنا بملزمين به.

قلنا: ومن المتفق عليه بيننا أن الصحابى أعلم الناس بما روى؛ لمشاهدته التنزيل وعلمه بالحادثة التى قيل فيها الحديث، فكيف ولم يعلم لهما مخالف من الصحابة؟ يقول صاحب الفتح (لا يعلم لابن عمر، ولا لأبى برزة مخالف من الصحابة).

وتقولون فى قوله ﷺ «أو يقول أحدهما لصاحبه اختر» أى اختر قبول البيع، وهذا باطل من وجوه لأن التخيير قسيم التفرق وهو بعد البيع كما بينا، فكذلك التخيير.

ولأن أحدهما شامل للبائع والمشترى على البدل ولا يتأتى هذا إلا فى خيار المجلس بخلاف خيار القبول بأن الذى يمكن أن يصدر منه لفظ (اختر) هو الموجب وحده ولأنه قد ورد بعض الروايات مصرحا فى التخيير بعد البيع، منها ما روى عن جابر - رضى الله عنه - أن النبى - ﷺ - (خير أعرابيا بعد البيع) رواه الترمذى وصححه، وإذن، فقد وضح - والحمد لله - أن أحاديث الخيار محمولة على خيار المجلس، بل لا تحتمل غيره، وليست كما تدعون محمولة علي خيار القبول. وأنها لذلك صالحة لتقييد إطلاق الآيات التى استدللتم بها على نفى خيار المجلس، لاسيما ودلالة العموم فى هذه الآيات ظنية باتفاق؛ لأنها مقيدة بأحاديث وآيات أخر، دالة على حرمة كثير من المعاملات.

ولنرجع بعد كل هذا إلى مناقشة باقى أدلة المنكرين. أما احتجاجهم بقوله ﷺ «المسلمون على شروطهم»، فيسلك به مسلك الآيات فهو عام مخصوص بأحاديث خيار المجلس.

وأما احتجاجهم بحديث عمرو بن شعيب (البيع والمبتاع بالخيار . . . .إلخ) فعجب عجاب أن تجعلوه دليلا لكم وهو دليل لنا عليكم؛ لأن المراد بالإقالة فى الحديث إنما هو الفسخ، والدليل على هذا من وجوه.

الأول: أنه عليه الصلاة والسلام أثبت لكل من البيع والمبتاع الخيار ما لم يتفرقا، ثم ذكر الاستقالة ومعلوم أن من له الخيار غير محتاج إليها، فدل ذلك على أن المراد بها الفسخ.

الثانى: أنه منع من مفارقة المجلس خشية الاستقالة وهى غير مختصة به وإنما المختص به الفسخ، فكان هو المراد منها.

الثالث: أن الاستقالة باتفاق لابد فيها من رضا الطرفين والنهى عن مفارقة المجلس؛ خشية الاستقالة يدل على أن لصاحبه أن يقيله بدون رضاه، وهذا لا يكون إلا فى الخيار، فحملت الاستقالة عليه.

وأما استدلالكم بحديث ابن عمر - رضى الله عنه - «كنا مع النبى ﷺ فى سفر، فكنت على بكر صعب لعمر . . . .الحديث» فيرد عليه أنه وإن لم يحصل تفرق، فمن الجائز أن يكون النبى - ﷺ - خير عمر، وليس بلازم أن يذكره الراوى؛ كما أنه لم يذكر الثمن مع أنه لابد منه، هكذا قال بعضهم، وفيما قاله نظر؛ لأن الثمن ركن من أركان البيع، فذكر البيع وحده متضمن لذكره، وليس كذلك التخيير.

ولأن هذه القصة لا يخلو أمرها من أن تكون قبل حديث الخيار، فيكون قد نسخها أو =

....

=بعده، فيكون الخيار معلوما غير محتاج للنص عليه من الراوى.

وأفضل من هذا أن يقال: لو فرض وأن الرسول ﷺ لم يخير عمر، فتصرفه بالهبة بعد البيع لا يدل على نفى خيار المجلس، لأنه أنس الرضا من عمر؛ بدليل أنه كان يود أن يهبه البكر بدون مقابل.

وأما قولكم نهى النبى ﷺ عن بيع الغرر، ومن الغرر أن يثبت لهما خيار لا يعرفان متى ينتهى؟ فمردود بأنه وإن كان مجهول الأمر، لكن الكل واحد منهما أن يخير صاحبه فيختار، إما إمضاء البيع، وإما فسخه فما عليه إن كان يريد إمضاءه إلا أن يمشى بضع خطوات، فينقطع الخيار، ويلزم البيع الطرفين. فمثل هذه الجهالة اليسيرة مغتفرة شرعا؛ لأنها لا تفضى إلى نزاع، ولا توقع فى ضرر لا مخرج منه، سيما والعادة قاضية بأن مجلس العقد لا يدوم طويلا، بل هو فترة وجيزة يتفرقان بعدها، فقول أبى حنيفة - رحمه الله - أرأيت لو كان فى سفينة - فهو - فضلا عن كونه معارضة للحديث بالرأى من الصور النادرة على أن لهما مخرجا آخر غير التفرق هو التخيير.

وعلى هذا، فخيار المجلس يفارق خيار الشرط إذا كان مجهول الأمد لأنه قد يطول فيفضى إلى المضارة والشحناء، وليس فى مقدور واحد منهما أن يلزم البيع بفعله فى كل حال كخيار المجلس.

هذا، وأما استدلالكم بأثر عمر - رضى الله عنه - البيع صفقة أو خيار، فهو فضلا عن كونه لا يعارض الحديث؛ لأنها أحق منه بأن تتبع، ولا حجة فى قول أحد مع قول رسول الله ﷺ وفضلا عن أن جماهير الصحابة على خلافه، وفضلا عن كونه غير مروى عنه من طريق يصح، وفضلاً عن كونه روى عنه هو نفسه ما يخالفه، فضلا عن هذا كله هو غير معارض للحديث، بل مؤول بما يوافقه.

فقد أوله ابن حزم بما يوافق مذهبه من أن البيع غير صحيح، حتى يكون التفرق أو التخيير، حيث أول الصفقة بما تم من البيع بالتفرق، والخيار بما تم منه بالتخيير. وأوله صاحب المغنى من الحنابلة بأن البيع نوعان: نوع شرط فيه الخيار، ونوع لم يشرط فيه وهو الصفقة، وهذا لا ينافى ثبوت خيار المجلس؛ لأنه يثبت بغير الشرط. وسماه صفقة؛ لقصر مدة الخيار فيه، فكأنه تم بمجرد التصافق.

والآن وقد فرغنا من مناقشة أدلة النافين من الكتاب والسنة، فما علينا إلا أن نناقش أدلتهم من المعقول.

فأولاً: يرد على قياسهم البيع على النكاح، بأنه قياس مع الفارق.

- لأن المال غير مقصود فى النكاح لذاته بخلاف البيع، والمال هو الذى عهد فيه المكايسة والشح.

- البيع ينقل ملك الرقبة، والنكاح لا يبيح إلا ضربا من الانتفاع، وملك الرقبة أقوى، فالاحتياج فيه إلى التروى أكثر من النكاح.

- ثبوت الخيار فى النكاح بعد العقدة يضع من شأن الرجل والمرأة، ويجرح شعورهما، ويجعلهما كالسلع محلا للأخذ والرد. وهذه فروق فى نظرى غير مؤثرة، ولكنا ذكرناها تبعا للقوم.

=

واحتج لهم بقول[١] الله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] فظاهر الآية جوازه فى المجلس..

وبحديث ابن عمر أن النبى ﷺ قال: «مَن ابْتَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ»[٢] فدل على أنه إذا جاز له بيعه ففى المجلس قبل التفرق.

= والفرق المؤثر الصحيح فى نظرى هو أن عقد النكاح من العقود التى لا تدخلها الخيارات باتفاق الخصوم أنفسهم؛ لأنها على خلاف مقتضاها؛ بدليل عدم دخول الإقالة فيها، بل وعلى خلاف مقودها؛ لأن مقصودها الدوام والاستمرار.

فقياس البيع على النكاح باعتبار اللزوم بمجرد العقد - ليس بأولى من قياسه عليه باعتبار عدم صحة الإقالة فما الذى رجح القياس الأول على الثانى؟!

وثانياً: يرد على قولهم: إن فى جواز الفسخ من أحدهما استقلالا - جواز إبطال حق الآخر بدون رضاه - بأن ثبوت الحق إنما هو بالشرع، والشرع نفاه إلى انتهاء الخيار، كما قال الكمال وهو منكم.

هذا، وأما استدلال المالكية بإجماع أهل المدينة على العمل بخلاف موجب أحاديث خيار المجلس فهو مبنى على أن إجماعهم حجة، ولم يوافقهم عليه غيرهم، على أن الاجماع لم يسلم لهم، فهذا ابن أبى ذئب ممن قال بمشروعية خيار المجلس، وكان يقول يستتاب مالك؛ لمخالفته الحديث.

وما أدرى ما هذا الإجماع، وعلماء المدينة القدامى كانوا كلهم، أو جلهم على القول بخيار المجلس؟ نذكر منهم من الصحابة: ابن عمر رأس علماء الصحابة بالمدينة، ومن التابعين ابن المسيب كبير فقهاء المدينة من التابعين. نقل ذلك ابن حزم عن البخارى فى طائفة كبيرة من الصحابة والتابعين.

والآن وقد فرغنا من مناقشة أدلة المثبتين والنافين لخيار المجلس بعد أن أقمناها بين الفريقين حربا شعواء لا هوادة فيها نقول إن الموضوع لم يكن محتاجا لهذا كله لأن أدلة المثبتين أدلة قوية إن لم تكن نصوصاً فهى قريبة من النصوص بخلاف أدلة غيرهم ولكن القوم أبو إلا أن ينازلوا بعضهم بعضا وأتوا فى ذلك بالعجب العجاب فخضنا مع من خاض وخرجنا كما دخلنا ونحن موقنون برأينا الذى ندين الله عليه وهو مشروعية خيار المجلس وأنه لا يصادم نصا من النصوص الصحيحة ولا قياسا من الأقيسة السليمة. وقد أتينا فى هذا البحث بما لم يسبق لغيرنا أن أتى به وناقشنا آراء كانت تحتاج إلى المناقشة لأننا لم نر أحدا تعرض لها. وهذا هو الذى دعانى إلى الإسهاب والإطناب فى هذا المقام توفية له ووضعا للحق فى نصابه وتنويرا له بعد أن كان يشكل ويعمى على بعض الناس إدراكه والله تعالى أسأل أن أكون فيه من الموفقين. ينظر الخيار لشيخنا العلامة عبد الرحمن مندور عليه رحمة الله تعالى.

(١) فى أ: بقوله.

(٢) أخرجه البخارى ٥/ ٨٢ كتاب البيوع باب بيع الطعام قبل أن يقبض (٢١٣٦)، ومسلم ٣/ ١١٦٠ كتاب البيوع باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (٣٢/ ١٥٢٦).

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ قال: «الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، إِلَّا أَنْ تَكُونَ صَفْقَةَ خِيَارٍ فَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَ صَاحِبَهُ خَشْيَةَ أَنْ يَسْتَقِيلَهُ»(١) رواه أبو داود والترمذى وغيره بأسانيد صحيحة وحسنة، قال الترمذى: هو حديث حسن.

قالوا: وهذا دليل على أن صاحبه لا يملك الفسخ إلا من جهة الاستقالة وقياسا على النكاح والخلع وغيرهما.

ولأنه خيار بمجهول فإن مدة المجلس مجهولة فأشبه لو شرطا خيارا مجهولا.

واحتج أصحابنا والجمهور بحديث ابن عمر قال: «قال رسول الله ﷺ: «الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ»(٢) رواه البخارى ومسلم.

وعن نافع قال: سمعت ابن عمر يقول: قال رسول الله ﷺ: «إِذَا تَبَايَعَ الْمُتَبَايِعَانِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ مِنْ بَيْعِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا أَوْ يَكُونُ بَيْعُهُمَا عَنْ خِيَارٍ»(٣).

قال: «وكان ابن عمر إذا تبايع البيع وأراد أن يجب، مشى قليلا، ثم رجع» رواه مسلم.

وعن نافع عن ابن عمر عن رسول الله ﷺ قال: «إِنَّ الْمُتَبَايِعَيْنِ بِالْخِيَارِ فِى بَيْعِهِمَا مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْبَيْعُ خِيَارًا»(٤).

قال نافع: وكان [ابن عمر](٥) إذا اشترى الشيء يعجبه فارق صاحبه. رواه البخارى ومسلم.

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ١٨٣)، والترمذى (٢/ ٥٢٨) فى باب ما جاء فى البيعين بالخيار، ما لم يتفرقا (١٢٤٧)، وقال: حسن، وأبو داود (٢/ ٢٩٤) فى كتاب البيوع، باب فى خيار المتبايعين (٣٤٥٦)، والنسائى (٧/ ٢٥٢) فى كتاب البيوع باب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما بأبدانهما (٤٤٩٥).

(٢) أخرجه البخارى (٥/ ٥٣) فى كتاب البيوع باب كم يجوز الخيار (٢١٠٧)، وأطرافه فى (٢١٠٩، ٢١١١، ٢١١٢، ٢١١٣، ٢١١٦)، ومسلم (٣/ ١١٦٣ - ١١٦٤) فى كتاب البيوع باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (٤٣، ٤٤، ٤٥، ٤٦/ ١٥٣١).

(٣) تقدم.

(٤) تقدم.

(٥) فى أ: نافع.

وعن نافع عن ابن عمر عن رسول الله ﷺ قال: «إِذَا تَبَايَعَ الرَّجُلَانِ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا وَكَانَا جَمِيعًا أَوْ يُخَيِّرُ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فَتَبَايَعَا عَلَى ذَلِكَ فَقَدْ وَجَبَ الْبَيْعُ، وَإِنْ تَفَرَّقَا بَعْدَ أَنْ تَبَايَعَا وَلَمْ يَتْرُكْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا الْبَيْعَ فَقَدْ وَجَبَ الْبَيْعُ» (١) رَوَاهُ الْبُخَارِى وَمُسْلِمٌ.

وَفِى رِوَايَةٍ: «الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا أَوْ يَقُولُ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ: اخْتَرْ» رَوَاهُ الْبُخَارِى وَمُسْلِمٌ.

وَعَن ابْنِ عُمَرَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «كُلُّ بَيِّعَيْنِ لَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا حَتَّى يَتَفَرَّقَا إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ» (٢) [رواه البخارى ومسلم](٣).

وعَنْ حَكِيم بْنِ حِزَام قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الْبَائِعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَا بُورِكَ لَهُمَا فِى بَيْعِهِمَا، وَإِنْ كَذَبَا وَكَتَمَا مُحِقَتْ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا» (٤) رواه البخارى ومسلم.

وعن أبى الوضيء - بكسر الضاد المعجمة وبالهمز - واسمه عباد بن نسيب - بضم النون وفتح السين المهملة وإسكان الياء - قال: «غَزَوْنَا غَزْوَةً فَنَزَلْنَا مَنْزِلًا فَبَاعَ صَاحِبٌ لَنَا فَرَسًا لِغُلَامٍ ثُمَّ أَقَامَا بَقِيَّةَ يَوْمِهِمَا وَلَيْلَتِهِمَا فَلَمَّا أَصْبَحَا مِنَ الْغَدِ حَضَرَ الرَّحِيلُ فَقَامَ إِلَى فَرَسِهِ يُسْرِجُهُ وَنَدِمَ وَأَتَى الرَّجُلَ وَأَخَذَهُ بِالْبَيْعِ، فَأَبَى الرَّجُلُ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ فَقَالَ بَيْنِى وَبَيْنَكَ أَبُو بَرْزَةَ صَاحِبُ النَّبِى ﷺ فَأَتَيَا أَبَا بَرْزَةَ فِى نَاحِيَةِ الْعَسْكَرِ فَقَالُوا لَهُ الْقِصَّةَ، فَقَالَ أَتَرْضَيَانِ أَنْ أَقْضِى بَيْنَكُمَا بِقَضَاءِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ؟ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا» (٥)، وفى رواية قال: «مَا أَرَاكُمَا افْتَرَقْتُمَا» رواه أبو داود بإسناد صحيح.

وعن جابر: «أَنَّ النَّبِى ﷺ: خَيَّرَ أَعْرَابِيًّا بَعْدَ الْبَيْعِ» (٦) رواه الترمذى وقال:

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) سقط فى ط.

(٤) تقدم.

(٥) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٧٣) فى كتاب البيوع باب فى خيار المتبايعين (٣٤٥٧) قال المنذرى: وأخرجه ابن ماجة ورجال إسناده ثقات وعند ابن ماجة (٢/ ٧٣٦) فى التجارات باب البيعان بالخيار (٢١٨٢).

(٦) أخرجه الترمذى (٢/ ٥٢٩) فى أبواب البيوع (١٢٤٩)، وقال صحيح غريب، وابن ماجة (٣/ ٥٣٧ - ٥٣٨) فى كتاب البيوع باب بيع الخيار (٢٢٨٤)، والطحاوى فى مشكل الآثار =

حديث صحيح.

وعن ابن عباس: «أَنَّ النَّبِى ﷺ بَايَعَ رَجُلًا فَلَمَّا بَايَعَهُ قَالَ: اخْتَرْ، ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: هَكَذَا الْبَيْعُ»[(١)] رواه أبو داود الطيالسى، ورواه البيهقى.

وفى المسألة أحاديث كثيرة من رواية أبى هريرة وجابر وسمرة وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وغيرهم، وذكر البخارى فى صحيحه تعليقا بصيغة الجزم عن ابن عمر قال: «بعت أمير المؤمنين عثمان مالا بالوادى بمال له بخيبر، فلما تبايعنا رجعت على عقبى حتى خرجت من بيته خشية أن يرادنى فى البيع، وكانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا، قال ابن عمر: فلما وجب بيعى وبيعه رأيت أنى قد غبنته بأنى سقته إلى أرض ثمود بثلاث ليال، وساقنى إلى المدينة بثلاث ليال»[(٢)] روى البيهقى هذا متصلا بإسناده.

وروى البيهقى عن ابن المبارك قال: «الحديث فى البيعين بالخيار ما لم يتفرقا، أثبت من هذه الأساطير»[(٣)].

وروى البيهقى بإسناده عن على بن المدينى عن ابن عيينة أنه حدث الكوفيين بحديث ابن عمر عن النبى ﷺ فى البيعين بالخيار ما لم يتفرقا قال: فحدثوا به أبا حنيفة فقال أبو حنيفة: ليس هذا بشىء.

أرأيت إن كانا فى سفينة؟ قال ابن المدينى: إن الله سائله عما قال.

قال القاضى أبو الطيب والأصحاب: اعترض مالك وأبو حنيفة على هذه الأحاديث فإنها بلغتهما: فأما مالك فهو راوى حديث ابن عمر، وأما أبو حنيفة فقال: ما قدمناه عنه الآن من قوله: أرأيت لو كانا فى سفينة؟ فإنه لا يمكن تفرقهما، وأما مالك فقال: العمل عندنا بالمدينة خلاف ذلك؛ فإن فقهاء المدينة لا يثبتون خيار

= (٥٢٩٠)، والحاكم (٢/ ٤٩)، والبيهقى (٥/ ٢٧٠) من طريق أبى الزبير عن جابر مرفوعًا به.

قلت: أبوالزبير مدلس ولم يصرح بالسماع وقد عنعنه.

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى من طريق أبى داود الطيالسى (٥/ ٢٧٠) فى كتاب البيوع باب المتبايعين بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار.

(٢) ذكره البخارى (٥/ ٦٣) فى كتاب البيوع باب إذا اشترى شيئًا فوهب من ساعته قبل أن يتفرقا (٢١١٦)، والبيهقى (٥/ ٢٧١) فى كتاب البيوع باب المتبايعان بالخيار.

(٣) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٥/ ٢٧٢).

المجلس، ومذهبه أن الحديث إذا خالف عمل أهل المدينة تركه.

قال أصحابنا: هذه الأحاديث صحيحة، والاعتراضان باطلان مردودان؛ لمنابذتهما السنة الصحيحة الصريحة المستفيضة.

وأما قول أبى حنيفة: لو كانا فى سفينة فنحن نقول به، فإن خيارهما يدوم ما داما مجتمعين فى السفينة، ولو بقيا سنة وأكثر، وقد سبقت المسألة مبينة ودليلها إطلاق الحديث.

وأما قول مالك فهو اصطلاح له وحده منفرد به عن العلماء فلا يقبل قوله فى رد السنن، لترك فقهاء المدينة العمل بها وكيف يصح هذا المذهب؟ مع العلم بأن الفقهاء ورواة الأخبار لم يكونوا فى عصره، ولا فى العصر الذى قبله منحصرين فى المدينة، ولا فى الحجاز، بل كانوا متفرقين فى أقطار الأرض مع كل واحد قطعة من الأخبار لا يشاركه فيها أحد، فنقلها ووجب على كل مسلم قبولها، ومع هذا فالمسألة متصورة[١] فى أصول الفقه غنية عن الإطالة فيها هنا.

هذا كله لو سلم أن فقهاء المدينة متفقون على عدم خيار المجلس، ولكنهم ليسوا متفقين، فهذا ابن أبى ذئب أحد أئمة فقهاء المدينة فى زمن مالك أنكر على مالك فى هذه المسألة، وأغلظ فى القول بعبارات مشهورة، حتى قال: يستتاب مالك من ذلك، وكيف يصح دعوى اتفاقهم.

فإن قيل: قوله ﷺ: المتبايعان بالخيار، أراد: ما داما فى المساومة وتقرير الثمن قبل تمام[٢] العقد؛ لأنهما بعد تمام العقد لا يسميان متبايعين حقيقة، وإنما يقال: كانا متبايعين.

قال أصحابنا: فالجواب من أوجه:

أحدها: جواب الشافعى - رحمه الله -: وهو أنهما ما داما فى المقاولة يسميان متساومين، ولا يسميان متبايعين؛ ولهذا[٣] لو حلف بطلاق أو غيره أنه ما بايع وكان مساوما، وتقاولا فى المساومة وتقرير الثمن، ولم يعقدا - لم يحنث بالاتفاق.

والثانى: أن المتبايعين اسم مشتق من البيع، فما لم يوجد البيع لم يجز أن يشتق

(١) فى أ: مكررة.
(٢) ففى أ : انعقاد.
(٣) فى أ: وهذا.

منه؛ لأن كل اسم من معنى لا يصح اشتقاقه حتى يوجد.

المعنى الثالث: أن حمل الخيار على ما قلنا يحصل به فائدة لم تكن معروفة قبل الحديث، وحمله على المساومة يخرجه عن الفائدة، فإن كل أحد يعلم أن المتساومين بالخيار إن شاءا عقدا وإن شاءا تركا.

الرابع: أنه ﷺ مد الخيار إلى التفرق، وهذا تصريح بثبوته بعد انقضاء العقد.

الخامس: أن راوى الحديث ابن عمر كان إذا أراد إلزام البيع مشى قليلا لينقطع الخيار، كما ثبت عنه فى الصحيحين على ما قدمناه عنه، وهو أعلم بمراد الحديث.

فإن قيل: المراد بالتفرق التفرق بالقول؛ كقوله عز وجل: (﴿وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ إِلَّا مِنۢ بَعْدِ مَا جَآءَتْهُمُ ٱلْبَيِّنَةُ﴾) [البينة: ٤] فالمراد التفرق بالقول..

قلنا: الإيجاب والقبول ليس تفرقا منهما فى القول؛ لأن من أوجب القول فغرضه أن يقبله صاحبه، فإذا قبله فقد وافقه ولا يسمى مفارقة، وذكر أصحابنا أقيسة كثيرة وقياسات لا حاجة إليها مع الأحاديث السابقة.

وأما الجواب عن احتجاجهم بقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] فهو أنه عام مخصوص بما ذكرناه، وهكذا الجواب عن حديث: «فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ» فإنه عام مخصوص بما ذكرناه.

وأما الجواب عن حديث: «لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَهُ خَشْيَةَ أَنْ يَسْتَقِيلَهُ» فهو أنه دليل لنا كما[١] جعله الترمذى فى جامعه دليلا لإثبات خيار المجلس، واحتج به على المخالفين؛ لأن معناه مخافة أن يختار الفسخ فعبر بالإقامة عن الفسخ؛ لأنها فسخ والدليل على هذا أشياء[٢]:

أحدها[٣]: أنه ﷺ أثبت لكل واحد منهما الخيار ما لم يتفرقا، ثم ذكر الإقالة فى المجلس، ومعلوم أن من له الخيار لا يحتاج إلى الإقالة، فدل أن المراد بالإقالة الفسخ.

والثانى: أنه لو كان المراد حقيقة الإقالة لا يمنعه[٤] من المفارقة مخافة أن يقيله؛

(١) فى أ: وكذا.
(٢) فى أ: شيئان.
(٣) فى أ: أحدهما.
(٤) فى أ: لم يمنعه.

لأن الإقالة لا تختص بالمجلس، والله تعالى أعلم.

وأما الجواب عن قياسهم على النكاح والخلع: أنه ليس المقصود منهما المال، ولهذا لا يفسدان بفساد العوض بخلاف البيع.

والجواب عن قولهم: خيار مجهول: أن الخيار الثابت شرعا لا يضر جهالة زمنه؛ كخيار الرد بالعيب والأخذ بالشفعة، بخلاف خيار الشرط فإنه يتعلق بشرطهما، فاشترط بيانه، والله أعلم.

فرع: ذكرنا أنهما إذا قاما من مجلس وتماشيا جميعا دام خيارهما ما داما معا، وإن بقيا شهرا أو سنة، هذا مذهبنا.

وحكى الروياني عن عبيد الله بن الحسن العنبري أنه قال: ينقطع به مفارقة مجلسهما وإن كانا باقيين معا ودليلنا: عموم الحديث: «مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا».

فرع: لو حكم حاكم بإبطال خيار المجلس هل ينقض حكمه؟ حكى الدارمي فيه وجهين:

أحدهما: لا ينقض للاختلاف.

والثاني: ينقض، قاله الإصطخري.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: ويجوز شرط خيار ثلاثة أيام في البيوع التي لا ربا فيها؛ لما روى مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى بْنُ حِبَّانَ قَالَ: «كَانَ جَدِّي قَدْ بَلَغَ ثَلَاثِينَ وَمِائَةَ سَنَةٍ، لَا يَتْرُكُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ، وَلَا يَزَالُ يُخْدَعُ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: مَنْ بَايَعْتَهُ فَقُلْ: لَا خِلَابَةَ، وَأَنْتَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثًا».

فأما في البيوع التي فيها الربا وهي الصرف وبيع الطعام بالطعام، فلا يجوز فيها شرط الخيار؛ لأنه لا يجوز أن يتفرقا قبل تمام البيع، ولهذا لا يجوز أن يتفرقا إلا عن قبض العوضين، فلو جوزنا شرط الخيار لتفرقا، ولم يتم البيع بينهما، وجاز شرط الخيار في ثلاثة أيام، وفيما دونها؛ لأنه إذا جاز شرط الثلاث فما دونها أولى بذلك، ولا يجوز أكثر من ثلاثة أيام؛ لأنه غرر وإنما جوز في الثلاث؛ لأنه رخصة فلا يجوز فيما زاد.

ويجوز أن يشترط لهما أو لأحدهما دون الآخر ويجوز أن يشترط لأحدهما ثلاثة أيام وللآخر يوم أو يومان؛ لأن ذلك جعل إلى شرطهما فكان على حسب الشرط، فإن شرطا ثلاثة أيام ثم تخايرا سقط؛ قياسا على خيار المجلس.

الشرح: هذا الحديث[١] أتى به المصنف مرسلا؛ لأن محمد بن يحيى بن حبان لم يدرك النبى ﷺ وهذه القصة لم يذكر فى هذه الرواية أنه سمعها من غيره، وهو تابعى، فثبت أنه وقع هنا مرسلا وحبان بفتح الحاء بلا خلاف بين أهل العلم من المحدثين وغيرهم وقد تصحفه المتفقهون ونحوهم وهو بالباء الموحدة وهى الغبن والخديعة.

وهذا الحديث قد روى بألفاظ منها حديث ابن عمر قال: «ذكر رجل لرسول الله ﷺ أنه يخدع فى البيوع فقال له رسول الله ﷺ: من بايعت فقل: لا خلابة»[٢]. رواه البخارى ومسلم.

وعن يونس بن بكير قال: حدثنا محمد بن إسحاق قال: حدثنى نافع عن ابن عمر قال: سمعت رجلا من الأنصار يشكو إلى رسول الله ﷺ أنه لا يزال يغبن فى البيع فقال رسول الله ﷺ: «إذا بايعت فقل: لا خلابة ثم أنت بالخيار فى كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فاردد» قال ابن عمر: فكأنى الآن أسمعه إذا ابتاع يقول: لا خلابة[٣]، قال ابن إسحاق: فحدثت بهذا الحديث محمد ابن يحيى بن حبان قال: كان جدى منقذ بن عمرو، وكان رجلا قد أصيب فى رأسه وكسرت لسانه ونقصت عقله وكان يغبن فى البيع، وكان لا يدع التجارة فشكا ذلك إلى النبى ﷺ فقال: «إذا ابتعت فقل: لا خلابة ثم أنت فى كل بيع تبتاعه بالخيار ثلاث ليال، إن رضيت فأمسك، وإن سخطت فاردد»[٤] فبقى حتى أدرك زمن عثمان وهو ابن مائة وثلاثين سنة، فكبر فى زمان عثمان فكان إذا اشترى شيئا فرجع به فقالوا له: لم تشترى أنت؟ فيقول: قد جعلنى رسول الله ﷺ فيما ابتعت بالخيار ثلاثا، فيقولون: اردده فإنك قد غبنت، أو قال: غششت فيرجع إلى بيعه فيقول: خذ

---

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٥/ ٢٧٣) فى كتاب البيوع باب الدليل على ألا يجوز شروط الخيار فى البيع أكثر من ثلاثة أيام.

(٢) أخرجه البخارى (٥/ ٦٦) فى كتاب البيوع باب ما يكره من الخداع فى البيع (٢١١٧)، وأطرافه فى (٢١٤٠٧، ٢٤١٤، ٢٩٦٤)، ومسلم (٣/ ١١٦٥) فى البيوع باب من يخدع فى البيع (٤٨/ ١٥٣٣).

(٣) أخرجه البيهقى (٥/ ٢٧٣).

(٤) أخرجه ابن ماجة (٤/ ٣٤) فى كتاب الأحكام، باب الحجر على مَنْ يُفسد ماله (٢٣٥٥)، والبيهقى (٥/ ٢٧٣ - ٢٧٤).

سلعتك واردد دراهمى، فيقول: لا أفعل قد رضيت فذهبت حتى يمر به الرجل من أصحاب رسول الله ﷺ فيقول: إن رسول الله ﷺ قد جعلنى بالخيار فيما تبتاع ثلاثا، فيرد عليه دراهمه ويأخذ سلعته. هذا الحديث حسن رواه البيهقى بهذا اللفظ بإسناد حسن، وكذلك رواه ابن ماجه بإسناد حسن. وكذا رواه البخارى فى تاريخه فى ترجمة منقذ بن عمرو بإسناد صحيح إلى محمد بن إسحاق ومحمد بن إسحاق المذكور فى إسناده هو صاحب المغازى والأكثرون، وثقوه وإنما عابوا عليه التدليس وقد قال فى روايته: حدثنى نافع، والمدلس إذا قال: حدثنى أو أخبرنى أو سمعت ونحوها من الألفاظ المصرحة بالسماع احتج به عند الجماهير، وهو مذهب البخارى ومسلم وسائر المحدثين، وجمهور من يعتد به، وإنما يتركون من حديث المدلس ما قال فيه: عن، وقد سبقت هذه المسألة مقررة مرات، ولكن القطعة التى ذكرها محمد بن إسحاق عن محمد بن يحيى بن حبان مرسلة؛ لأن محمد بن يحيى لم يدرك النبى ﷺ ولم يذكر من سمعها منه، ولكن مثل هذا المرسل يحتج به الشافعى؛ لأنه يقول: إن المرسل إذا اعتضد بمرسل آخر، أو بمسند، أو بقول بعض الصحابة، أو بفتيا عوام أهل العلم احتج به وهذا المرسل قد وجد فيه ذلك؛ لأن الأمة مجمعة على جواز شرط الخيار ثلاثة أيام، والله أعلم.

وأما ما وقع فى الوسيط وبعض كتب الفقه فى هذا الحديث أن النبى ﷺ قال له: «واشترط الخيار ثلاثة أيام» فمنكر لا يعرف بهذا اللفظ فى كتب الحديث. واعلم أن أقوى ما يحتج به فى ثبوت خيار الشرط الإجماع، وقد نقلوا فيه الإجماع وهو كاف، والحديث المذكور يحتج به لكن فى دلالته باللفظ الذى ذكرناه نظر، والله أعلم.

أما الأحكام ففيها مسائل:

إحداها: يصح شرط الخيار فى البيع بالإجماع إذا كانت مدته معلومة.

الثانية: لا يجوز عندنا أكثر من ثلاثة أيام للحديث المذكور، ولأن الحاجة لا تدعو إلى أكثر من ذلك غالبا، وكان مقتضى الدليل منع شرط الخيار، لما فيه من العذر، وإنما جوز للحاجة فيقتصر فيه على ما تدعو إليه الحاجة غالبا، وهو ثلاثة أيام، هذا هو المشهور فى المذهب وتظاهرت عليه نصوص الشافعى - رحمه الله - وقطع به الأصحاب فى جميع الطرق، وفيه وجه أنه يجوز أكثر من ثلاثة أيام إذا كانت مدة معلومة، وهو قول ابن المنذر، قاله فى الإشراف، واحتج بقول النبى ﷺ:

«المؤمنون على شروطهم» والله أعلم.

قال أصحابنا: فإن زاد على ثلاثة أيام ولو لحظة بطل البيع.

الثالثة: يجوز شرط الخيار ثلاثة أيام ويجوز دونها إذا كان معلوما كما ذكره المصنف، ويجوز لأحدهما ثلاثة وللآخر يومان أو يوم، ونحو ذلك، بحيث يكون معلوما، وهذا كله لا خلاف فيه، لكن لو كان المبيع مما يتسارع إليه الفساد فباعه بشرط الخيار ثلاثة أيام فوجهان، حكاهما صاحب البيان.

أصحهما: يبطل البيع.

والثاني: يصح ويباع عند الإشراف على الفساد، ويقام ثمنه مقامه، وهذا غلط ظاهر، قال أصحابنا: ويشترط أن تكون المدة متصلة بالعقد، فلو شرطا خيار ثلاثة أيام أو دونها من آخر الشهر أو من الغد أو متى شاء أو شرطا خيار الغد دون اليوم بطل العقد لمنافاته لمقتضاه.

قال أصحابنا: ويشترط كون المدة معلومة، فإن شرطا الخيار مطلقا ولم يقدراه بشيء أو قدراه بمدة مجهولة؛ كقوله: بعض يوم، أو إلى أن يجيء زيد أو غير ذلك، بطل البيع بلا خلاف عندنا، ولو شرطاه إلى وقت طلوع الشمس من الغد جاز بلا خلاف، ولو شرطاه إلى طلوعها فقد قال القاضى أبو الطيب فى كتابيه التعليق والمجرد: قال أبو عبد الله الزبيرى فى كتاب الفصول: لا يصح البيع؛ لأن طلوع الشمس قد لا يحصل لحصول غيم فى السماء، قال: فلو قال: إلى غروب الشمس أو إلى وقت الغروب صح؛ لأن الغروب لا يستعمل إلا فى سقوط قرص الشمس.

هذا كلام الزبيرى وسكت عليه القاضى أبو الطيب، وحكاه أيضا عنه المتولى وسكت عليه.

فأما شرطهما إلى وقت الطلوع وإلى الغروب أو وقت الغروب فيصح باتفاق الأصحاب كما قاله الزبيرى، وأما إذا شرطاه إلى الطلوع فقد خالفه غيره وقال بالصحة؛ لأن الغيم إنما يمنع من إشراق الشمس واتصال الشعاع لا من نفس الطلوع، وهذا هو الصحيح، والله أعلم.

أما إذا تبايعا نهارا بشرط الخيار إلى الليل أو ليلا بشرط الخيار إلى النهار، فيصح البيع بلا خلاف ولا يدخل الزمن الآخر فى الشرط بلا خلاف عندنا.

وحكى القاضى أبو الطيب فى تعليقه عن أبى حنيفة أنه قال: يدخل؛ لأن لفظة

(إلى) قد تستعمل بمعنى (مع) كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَهُمْ إِلَىٰٓ أَمْوَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢] دليلنا أن أصل (إلى) الغاية فهذه حقيقتها، فلا تحمل على غيره عند الإطلاق، وأما استعمالها بمعنى (مع) فى بعض المواطن ففيه جوابان أحدهما: أنها مؤولة، ففى الآية المذكورة تقديره «مضافة إلى أموالكم»، والثانى: أنها استعملت بمعنى (مع) مجازا فلا يصير إلى المجاز فى غيرها بغير قرينة، ولأنهم وافقونا على أنه لو باع بثمن مؤجل إلى رمضان لا يدخل رمضان فى الأجل والله أعلم.

الرابعة: إذا شرطا الخيار ثلاثة أيام أو غيرها ثم أسقطاه قبل انقضاء المدة سقط، لما ذكره المصنف، وكذا لو أسقط أحدهما خياره سقط وبقى خيار الآخر. ولو أسقطا اليوم الأول سقط الجميع، ولو أسقطا الثالث لم يسقط ما قبله.

قال القاضى حسين والبغوى والمتولى: فلو قال: أسقطت الخيار فى اليوم الثانى بشرط أنه يبقى فى الثالث سقط خياره فى اليومين جميعا؛ لأنه كما لا يجوز أن يشترط خيارا متراخيا عن العقد، لا يجوز أن يستبقى خيارا متراخيا، وإنما يجوز أن يستبقى اليومين تغليبا للإسقاط؛ لأن الأصل لزوم العقد وإنما جوزنا الشرط لأنه رخصة، فإذا عرض له ذلك حكم بلزوم العقد، والله أعلم.

الخامسة: فيما يثبت فيه خيار الشرط من العقود، قال أصحابنا: جملة القول فيه أنه مع خيار المجلس متلازمان غالبا، لكن خيار المجلس أسرع وأولى ثبوتا من خيار الشرط، فقد ينفكان لهذا، فإذا أردت التفصيل فراجع ما سبق فى خيار المجلس، وهما متفقان فى صور الوفاق والخلاف إلا فى أشياء:

أحدها: أن البيوع التى يشترط فيها التقابض فى المجلس كالصرف وبيع الطعام بالطعام أو القبض فى أحد العوضين كالسلم لا يجوز شرط الخيار فيها بلا خلاف، مع أن خيار المجلس يثبت فيها، ودليل المسألة مذكور فى الكتاب، وقد أهمل المصنف ذكر السلم هنا، ولكنه ذكره فى كتاب السلم.

الثانى: أن خيار الشرط لا يثبت فى الشفعة بلا خلاف وكذا لا يثبت فى الحوالة، وفى خيار المجلس فيهما خلاف سبق.

الثالث: أنه إذا كان رجع فى سلعة باعها ثم حجر على المشترى بالفلس لا يثبت فيها خيار الشرط بلا خلاف، وفى خيار المجلس خلاف ضعيف سبق.

الرابع: فى الهبة بشرط، وفى الإجارة طريق قاطع بأنه لا يثبت خيار الشرط مع

جريان الخلاف فى ثبوته فى خيار المجلس.

وأما شرط الخيار فى الصداق فسيأتى فى كتاب الصداق إن شاء الله تعالى إيضاحه وتفصيله، ومختصره أن الأصح صحة النكاح، وفساد المسمى، ووجوب مهر المثل، وأنه لا يثبت الخيار، والله تعالى أعلم.

فرع: قال جماعة من أصحابنا: قد اشتهر فى الشرع أن قوله: «لا خلابة» عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثة أيام، فإذا أطلق المتعاقدان هذه اللفظة وهما عالمان بمعناها كان كالتصريح بالاشتراط، وإن كانا جاهلين لم يثبت الخيار قطعا، فإن علمه البائع دون المشترى فوجهان مشهوران حكاهما المتولى وابن القطان وآخرون.

أصحهما: لا يثبت.

والوجه الثانى: يثبت.

وهذا شاذ ضعيف، بل غلط؛ لأن معظم الناس لا يعرفون ذلك والمشترى غير عارف به.

فرع: لو اشترى شيئا بشرط أنه إن لم ينقده الثمن فى ثلاثة أيام، فلا بيع بينهما، أو باع بشرط أنه إن رد الثمن فى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما، فوجهان حكاهما المتولى وغيره:

أحدهما: يصح العقد، ويكون تقرير الصورة الأولى أن المشترى شرط الخيار لنفسه فقط، وفى الثانية أن البائع شرطه لنفسه فقط، [قالوا][1]: وهذا قول أبى إسحاق المروزى قال: لأن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - أجاز ذلك.

والثانى - وهو الصحيح باتفاقهم، وبه قطع الرويانى وغيره - : أن البيع باطل فى الصورتين؛ لأن هذا ليس بشرط خيار، بل هو شرط فاسد مفسد للبيع؛ لأنه شرط فى العقد شرطا مطلقا، فأشبه ما لو باع بشرط أنه إن قدم زيد القوم فلا بيع بينهما.

فرع: قال أصحابنا: لو باع عبدين بشرط الخيار فى أحدهما لا بعينه، بطل البيع بلا خلاف؛ كما لو باع أحدهما لا بعينه، ولو باع بشرط الخيار فى أحدهما بعينه ففيه القولان المشهوران فى الجمع بين مختلفى الحكم، وكذا لو شرط الخيار فى أحدهما يوما وفى الآخر يومين.

---

(١) سقط فى ط.

والأصح: صحة البيع.

فإن صححنا البيع ثبت الخيار فيما شرط على ما شرط، ولو شرطا الخيار فيهما ثم أرادا الفسخ فى أحدهما فعلى قولى تفريق الصفقة فى الرد بالعيب:

الأصح: لا يجوز.

ولو اشترى اثنان شيئا من واحد صفقة واحدة بشرط الخيار، فلأحدهما الفسخ فى نصيبه، كما فى الرد بالعيب، ولو شرطا الخيار لأحدهما دون الآخر ففى صحة البيع قولان:

الأصح: الصحة، والله أعلم.

فرع: قال المتولى وغيره: إذا قال: بعتك بشرط خيار يوم، اقتضى إطلاقه اليوم الذى وقع فيه العقد، كما لو حلف لا يكلمه شهرا، فإن كان العقد نصف النهار مثلا ثبت له الخيار إلى أن ينتصف النهار فى اليوم الثانى، ويدخل الليل فى حكم الخيار للضرورة، وإن كان العقد فى أول وقت العصر، ثبت إلى مثله من اليوم الثانى، وإن كان العقد فى الليل ثبت الخيار إلى غروب الشمس من اليوم المتصل بذلك الليل.

فرع: إذا شرطا فى البيع خيارا أكثر من ثلاثة أيام، فقد ذكرنا أن البيع باطل، فلو أسقطا الزيادة بعد مفارقة المجلس، وقبل انقضاء الثلاثة، لا ينقلب العقد صحيحا عندنا بلا خلاف، وكذا لو باع بثمن إلى أجل مجهول ثم قدر الأجل قبل أن يتوهم دخول وقت المطالبة، لا ينقلب العقد صحيحا، ولا خلاف فى الصورتين عندنا.

وقال أبو حنيفة: يصح العقد فى الصورتين.

قال المتولى: واختلف أصحاب أبى حنيفة فى أصل العقد؛ فمنهم من يقول: وقع العقد فاسدا، وبإسقاط الزيادة والجهالة يعود صحيحا.

ومنهم من قال: وقع صحيحا، وإذا لم تسقط الزيادة فسد.

ومنهم من قال: هو موقوف.

دليلنا: أن ما وقع على وجه - لا يثبت دائما - لم يعدصحيحا، كما لو نكح امرأة وعنده أربع، ثم طلق إحداهن، لا يحكم بصحة نكاح الخامسة.

أما إذا أسقطا الزيادة على ثلاثة أيام فى مجلس العقد، فوجهان حكاهما المتولى وآخرون هنا، وهما مشهوران جاريان فى كل شرط فاسد قارن العقد ثم حذف فى

المجلس:

أحدهما - وبه قال صاحب التقريب -: يصح العقد؛ لأن حكم المجلس حكم حالة العقد.

ولأن الشافعى - رحمه الله - قال: لو لم يذكرا فى السلم أجلا ثم ذكراه قبل التفرق جاز.

والثانى - وهو الصحيح باتفاق الأصحاب -: أن العقد باطل، ولا يعود صحيحا بذلك؛ لأن المجلس إنما ثبت لعقد صحيح لا لفاسد.

وأما السلم ففرعه الشافعى على الصحيح من القولين وهو صحة السلم مطلقا، ويكون حالا، والله أعلم.

فرع: لو تبايعا بغير إثبات خيار الشرط، ثم شرطا فى المجلس خيارا أو أجلا ففيه [الخلاف المشهور][(١)]:

الأصح: ثبوته، ويكون كالشرط فى العقد، وسنوضح المسألة مبسوطة فى باب ما يفسد البيع من الشروط إن شاء الله تعالى.

فرع: اتفق أصحابنا على أن الوكيل بالبيع[(٢)] لا يجوز أن يشترط الخيار للمشترى، وأن الوكيل فى الشراء لا يجوز أن يشترط الخيار للبائع من غير إذن الموكل؛ كما لو باع بثمن مؤجل من غير إذن، وقد ذكر المصنف المسألة فى كتاب الوكالة:

قال المصنف والأصحاب: وهل يجوز أن يشترط الخيار لنفسه أو لموكله؟ فيه وجهان مشهوران:

أحدهما: لا يجوز؛ لأن إطلاق البيع يقتضى البيع بلا شرط، فلا يجوز الشرط من غير إذن.

فعلى هذا، لو شرطه كان العقد باطلا.

وأصحهما: يصح، وبه قطع جماعة منهم القاضى حسين والفورانى هنا، والمتولى فى كتاب الوكالة؛ لأنه لا ضرر على الموكل فى هذا.

---

(١) فى أ: خلاف مشهور.

(٢) فى أ: فى البيع.

ولأنه مأمور بالمصلحة، وهذا منها، قال أصحابنا: وإذا شرط الخيار لنفسه وجوزناه على الأصح أو أذن فيه الموكل، ثبت له الخيار، ولا يفعل إلا ما فيه المصلحة من الفسخ والإجازة؛ لأنه مؤتمن.

بخلاف ما سنذكره - إن شاء الله تعالى قريبا - إذا شرط الخيار لأجنبى وصححناه، فإنه لا يلزمه رعاية الحظ؛ لأنه ليس بمؤتمن، هكذا ذكره الأصحاب.

قال الرافعى: ولقائل أن يقول: جعل الخيار له استئمانا قال: وهذا المعنى أظهر إذا جعلناه نائبا عن العاقد، ثم هل يثبت للموكل الخيار مع الوكيل فى هذه الصورة؟ فيه الخلاف الذى سنذكره - إن شاء الله تعالى - فيما إذا شرط الخيار لأجنبى، وقلنا: يثبت له، هل يثبت للشارط؟ فيه وجهان أو قولان:

أصحهما: لا يثبت.

وهو ظاهر النص؛ لأن ثبوته بالشرط فكان لمن شرطه[١] خاصة، أما إذا أذن له الموكل فى شرط الخيار وأطلق، فشرط[٢] الوكيل الخيار مطلقا، ولم يقل: لى ولا لموكلى، فقد ذكر إمام الحرمين والغزالى فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يثبت الخيار للوكيل؛ لأنه العاقد.

والثانى: للموكل؛ لأنه المالك.

والثالث: لهما.

والأصح للوكيل؛ لأن معظم أحكام العقد متعلقة به وحده، والله أعلم.

فرع: إذا مضت مدة الخيار من غير فسخ ولا إجازة تم البيع ولزم بلا خلاف عندنا.

وقال مالك: لا يلزم بمضى المدة، كما لا يلزم المولى حكم الإيلاء بمجرد مضى المدة.

دليلنا: أن الخيار يمنع لزوم العقد، فإذا انقضت مدته لزم بخلاف الإيلاء.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن شرط الخيار لأجنبى ففيه قولان:

أحدهما: لا يصح؛ لأنه حكم من أحكام العقد فلا يثبت لغير المتعاقدين كسائر

---

(١) فى أ: شرط له.

(٢) فى أ: بشرط.

الأحكام.

والثانى: يصح؛ لأنه جعل إلى شرطهما للحاجة، وربما دعت الحاجة إلى شرطه للأجنبى بأن يكون أعرف بالمتاع[1] منهما.

فإن شرطه للأجنبى[2] وقلنا: إنه يصح فهل يثبت له؟ فيه وجهان:

أحدهما: يثبت له؛ لأنه إذا ثبت للأجنبى من جهته فلأن يثبت له أولى.

والثانى: لا يثبت؛ لأن ثبوته بالشرط فلا يثبت إلا لمن شرط له.

قال الشافعى - رحمه الله - فى الصرف: إذا اشترى بشرط الخيار على ألا[3] يفسخ حتى يستأمر فلانا لم يكن له أن يفسخ حتى يقول: استأمرته فأمرنى بالفسخ فمن أصحابنا من قال: له أن يفسخ من غير إذنه؛ لأن له أن يفسخ من غير شرط الاستئمار، فلا يسقط حقه بذكر الاستئمار، وتأول ما قاله على أنه أراد به أنه لا يقول: استأمرته إلا بعد أن يستأمره لئلا يكون كاذبا.

ومنهم من حمله على ظاهره، أنه لا يجوز أن يفسخ؛ لأنه ثبت بالشرط، فكان على ما شرط.

الشرح: قال أصحابنا: يجوز شرط الخيار للعاقدين ولأحدهما بالإجماع، فإن شرطه لأجنبى فقولان مشهوران، ذكرهما المصنف بدليلهما.

أصحهما - باتفاق الأصحاب - : يصح البيع والشرط، وهو الأشهر من نصوص الشافعى، رحمه الله، نص عليه فى الإملاء وفى الجامع الكبير، وبه قطع الغزالى وغيره.

ونقل إمام الحرمين فى النهاية اتفاق الأصحاب عليه، ولم يذكر فيه خلافا، وليس كما ادعى.

والقول الثانى: أن البيع باطل، وحكى الماوردى عن ابن سريج وجها أن البيع صحيح والشرط باطل، قال: وعلى هذا وجهان:

أحدهما: يكون البيع لازما لا خيار فيه.

والثانى: أن بطلان الخيار يختص بالأجنبى، فيصح البيع ويثبت الخيار للعاقد،

---

(١) فى أ: بالمباع.
(٢) فى أ: لأجنبى.
(٣) فى أ: إنه.

وكل هذا ضعيف. والمذهب الأول.

قال أصحابنا: ولو باع عبدا بشرط الخيار للعبد ففيه القولان:

أصحهما: يصح البيع والشرط؛ لأنه أجنبى من العقد فأشبه غيره، وأطلق ابن القاص أنه لا يصح فى صورة العبد.

قال القاضى أبو الطيب وغيره: وهو تفريع منه على قولنا: لا يصح شرطه لأجنبى، فأما إذا صححناه للأجنبى فيصح للعبد، والله أعلم.

قال أصحابنا: ولا فرق على القولين بين أن يشترطا جميعا أو أحدهما الخيار لشخص واحد، أو يشرط أحدهما لواحد والآخر لآخر، فلو شرطه أحدهما لزيد من جهته، وشرطه الآخر لزيد أيضا من جهته، صح على قولنا بصحته للأجنبى.

قال المتولى: والفرق بينه وبين الوكيل الواحد فى طرفى البيع والشراء أن عقد البيع لا يجوز أن ينفرد به أحدهما، فلا ينفرد وكيلهما.

وأما الفسخ والإجازة فينفرد به أحدهما فانفرد به وكيلهما.

قال المتولى وغيره: وإذا شرطه لأجنبى وصححناه لا يشترط فيه قبول الأجنبى باللفظ بل يكون امتثاله قولا[1] ؛ كما لو قال: بع مالى فإنه يكفى فى قبول الوكالة إقدامه على البيع، قالوا: ويشترط ألا يصرح بالرد.

قال أصحابنا: فإذا قلنا بالأصح: إنه يثبت الخيار للأجنبى المشروط له فهل يثبت للشارط أيضا؟ فيه خلاف مشهور ذكره المصنف بدليله، ثم إن المصنف وجماعة حكوه وجهين وحكاه المتولى وآخرون قولين:

أحدهما: يثبت له أيضا وصححه الرويانى.

وأصحهما عند الجمهور: لا يثبت، وهذا ظاهر نصه فى الصرف، وفى الإملاء؛ لأنه قال فى الإملاء: من باع سلعة على رضاء غيره كان للذى شرط له الرضا الرد، ولم يكن للبائع.

قال أصحابنا: فإن لم نثبته للشارط مع الأجنبى بل خصصنا به الأجنبى فمات الأجنبى فى زمن الخيار، فهل يثبت الآن للشارط؟ فيه وجهان حكاهما البغوى وآخرون.

---

(١) فى أ: قبولاً.

أصحهما عند البغوى والرافعى وغيرهما[١]: يثبت كما يثبت للوارث.

والثانى: لا؛ لأنه ليس بوارث، وبهذا جزم صاحب البحر، والمذهب الأول.

قال أصحابنا: وإذا أثبتنا الخيار للأجنبى والشارط جميعا فلكل واحد منهما الاستقلال بالفسخ، فلو فسخ أحدهما واختار الآخر قدم الفسخ، والله أعلم.

أما إذا اشترى شيئا على أن يؤامر فلانا فيأتى به من الفسخ والإجازة فقد نص الشافعى - رحمه الله - فى كتاب الصرف على أن البيع صحيح وأنه ليس له أن يفسخ حتى يقول: استأمرته فأمرنى بالفسخ وتكلم الأصحاب فى النص من وجهين:

أحدهما: أن [له إذا][٢] شرط أن يقول: استأمرته، وأى مدخل لو [أمر به][٣] مع أنه لا خيار له؟ واختلفوا فى جواب هذا، وقال القائلون بالأصح فى الصورة السابقة: إن الخيار المشروط للأجنبى يختص بالأجنبى، هذا جواب على المذهب الذى بيناه[٤] ومؤيديه.

وقال الآخرون: هو مذكور احتياطا، ولا يشترط استئماره، وإنما أراد الشافعى أنه لا يقول: استأمرته إلا بعد الاستئمار ولئلا يكون كاذبا، ونقل الماوردى هذا عن أبى إسحاق المروزى والبصريين كافة والجواب الأول أصح، وأقرب إلى ظاهر النص؛ لأنه قال: لم يكن له أن يفسخ ولم يقل: لم يجز له أن يكذب.

الاعتراض الثانى: أنه أطلق فى التصوير شرط المؤامرة، ولم يقيده بثلاثة أيام فما دونها.

واختلفوا فى جوابه على وجهين حكاهما البغوى والرويانى وآخرون:

الصحيح - منهما باتفاقهم، وبه قطع الجمهور -: أنه محمول على ما إذا قيد ذلك بالثلاثة، فإن أطلق لم يصح البيع.

والثانى: يحتمل الإطلاق والزيادة على الثلاثة، كخيار الرؤية فى بيع الغائب - إذا جوزناه - فإنه تجوز الزيادة فيه على الثلاثة.

والمذهب الأول.

---

(١) فى أ: وغيرهم.
(٢) فى أ: لماذا.
(٣) فى أ: أمرته.
(٤) فى أ: قلناه.

قال البغوى: وإذا شرط المؤامرة ثلاثة أيام فمضت الثلاثة ولم يؤامره أو آمره ولم يشر بشىء، لزم العقد ولا ينفرد هو بالفسخ والإمضاء فى مدة الثلاثة حتى يؤامره. والله أعلم.

فرع: إذا شرط الخيار لأجنبى وقلنا: يصح شرطه له، وثبت له ولهما فتبايعا بشرط الخيار لأجنبى وصرحا بنفيه عن أنفسهما، ففى صحة هذا الشرط والنفى وجهان، حكاهما إمام الحرمين:

أحدهما: يصح؛ اتباعا للشرط.

والثانى: لا يصح.

والأول أصح

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإذا شرط الخيار فى البيع ففى ابتداء مدته وجهان:

أحدهما: من حين العقد؛ لأنها مدة ملحقة بالعقد، فاعتبر ابتداؤها من حين العقد كالأجل.

ولأنه لو اعتبر من حين التفرق صار أول مدة الخيار مجهولا؛ لأنه لا يعلم متى يفترقان.

والثانى: أنه يعتبر من حين التفرق؛ لأن ما قبل التفرق الخيار ثابت فيه بالشرع، فلا يثبت [فيه بشرط][1] الخيار.

فإن قلنا: إن ابتداءه من حين العقد فشرط أن يكون من حين التفرق بطل؛ لأن وقت الخيار يصير مجهولًا، ولأنه يزيد الخيار على ثلاثة أيام.

وإن قلنا: إن ابتداءه من حين التفرق فشرط أن يكون من حين العقد ففيه وجهان:

أحدهما: يصح؛ لأن ابتداء الوقت معلوم.

والثانى: لا يصح؛ لأنه شرط ينافى موجب العقد فأبطله.

الشرح قوله: مدة ملحقة بالعقد.

قال القلعى: هو احتراز من الاستبراء إذا قلنا: لا يحسب إلا بعد القبض أو بعد انقضاء الخيار.

---

(١) فى أ: شرط.

قال أصحابنا: إذا تبايعا بشرط الخيار ثلاثة أيام فما دونها ففى ابتداء مدته وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما.

أصحهما باتفاق الأصحاب: من حين العقد.

والثانى: من حين انقطاع خيار المجلس إما بالتخاير وإما بالتفرق.

قال الرويانى: هذا اختيار ابن القطان وابن المرزبان، والأول قول ابن الحداد، وقول ابن الحداد هو الصحيح عند جميع المصنفين، حتى قال الرويانى: قول ابن القطان ليس بشىء.

قال المصنف والأصحاب:

فإن قلنا: إنه من حين العقد فشرطاه من حين التفرق بطل البيع، هذا هو المذهب، وبه قطع المصنف والأصحاب فى جميع الطرق.

حكى إمام الحرمين عن حكاية صاحب التقريب وجها: أنه يصح البيع والشرط، وهذا شاذ مردود.

فإن قلنا: من حين التفرق فشرطاه من حين العقد فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما:

أحدهما: يبطل البيع.

وأصحهما باتفاق الأصحاب: لا يبطل، ممن صححه صاحب الشامل والرويانى وصاحب البيان والرافعى وآخرون.

قال أصحابنا: فإن قلنا: ابتداء المدة من حين العقد فانقضت وهما مصطحبان فقد[1] انقطع خيار الشرط، وبقى خيار المجلس، وإن تفرقا والمدة باقية فالحكم بالعكس، ولو أسقطا أحد الخيارين سقط ولم يسقط الآخر، ولو قالا: ألزمنا العقد أو أسقطنا الخيار سقطا جميعا ولزم البيع، هذا تفريع كونه من العقد.

فأما إذا قلنا: من التفرق فإذا تفرقا انقطع خيار المجلس وابتدئ خيار الشرط، وإن أسقطا الخيار قبل التفرق انقطع خيار المجلس، وفى خيار الشرط وجهان حكاهما إمام الحرمين والبغوى وغيرهما:

أحدهما: ينقطع؛ لأن مقتضاهما واحد.

---

(١) فى أ: بعد.

وأصحهما: لا ينقطع؛ لأنه غير ثابت فى الحال، فكيف يسقط؟ والله تعالى أعلم.

فرع: لو شرطا الخيار بعد العقد وقبل التفرق، وقلنا بصحته على الخلاف السابق؛ فإنْ قلنا: ابتداء المدة من التفرق، لم يختلف الحكم.

وإن قلنا: من العقد، حسبت المدة هنا من حين الشرط لا من العقد ولا من التفرق، والله أعلم.

فرع: إذا باع بثمن مؤجل، ففى ابتداء وقت الأجل طريقان:

أصحهما - وبه قطع المصنف والعراقيون وجماعة من غيرهم -: أنه من حين العقد وجها واحدا.

والثانى: أنه مرتب على ابتداء مدة الخيار، وإن جعلناها من العقد فالأجل أولى بذلك.

وإن قلنا: من التفرق، ففى الأجل وجهان، وهذا الطريق مشهور فى كتب الخراسانيين، وممن ذكره منهم القاضى حسين وأبو على السنجى وإمام الحرمين والغزالى وغيرهم، وجمع القاضى حسين وغيره المسألتين فقالوا: فى ابتداء مدة الخيار والأجل ثلاثة أوجه:

أصحها: من حين العقد فيهما.

والثانى: من حين التفرق.

والثالث: الأجل من العقد والخيار من التفرق، وفرقوا بينهما بأن الأجل ليس من جنس خيار المجلس، فكان اجتماعهما أقرب بخلاف [خيار][1] الشرط.

قال إمام الحرمين:

فإن قيل: لا وجه لقول من قال: يحسب الأجل من التفرق وقلنا: الخيار يمنع المطالبة بالثمن كالأجل، فكان قريبا، والخيار فى التحقيق تأجيل لإلزام الملك أو نقله والأجل تأخير المطالبة.

قال الإمام: ومن قال بتأخير الأجل عن العقد وعن خيار المجلس فقياسه أنه إذا باع بشرط خيار ثلاثة أيام، وبشرط الأجل أن يفسخ أول الأجل بعد انقضاء خيار

(١) سقط فى ط.

الثلاث؛ لأنه عنده فى معناه، ولا سبيل إلى الجمع بين المثلين، هذا كلام الإمام.

والمذهب: أن الأجل من العقد سواء شرط خيار الثلاث أم لا، والله أعلم.

قال الغزالى فى الوسيط:

وأما مدة الإجارة إذا قلنا: يثبت فيها خيار الشرط، ففى ابتدائها هذا الخلاف المذكور فى الأجل، قال: والأصح أنها من العقد. والله أعلم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: ومن ثبت له الخيار فله أن يفسخ فى محضر من صاحبه وفى غيبته؛ لأنه رفع عقد جعل إلى اختياره فجاز فى حضوره وغيبته كالطلاق.

الشرح: قوله: «جعل إلى اختياره» قال القلعى: هو احتراز من الإقالة والخلع فإنهما لم يجعلا إلى اختياره وحده، بل إلى اختيارهما.

قال أصحابنا: من ثبت له خيار الشرط كان له الفسخ فى حضرة صاحبه وفى غيبته؛ لما ذكره المصنف. هذا مذهبنا لا خلاف فيه عندنا.

وبه قال مالك وأحمد وزفر وأبو يوسف.

وقال أبو حنيفة ومحمد: لا يصح إلا فى حضرة صاحبه، ولهذا قاسه[1] المصنف على الطلاق؛ لأنه مجمع على نفوذه بغير حضورها، والله أعلم.

فرع: الإقالة فسخ للعقد على القول الصحيح الجديد كما سنوضحه فى موضعه إن شاء الله تعالى.

قال أصحابنا: ولا تصح إلا بحضور المتعاقدين، هذا هو المذهب، وبه قطع الجماهير.

وذكر الرويانى فيها وجهين:

الصحيح منهما: هذا.

والثانى: أنه إذا قال: أقلنى، ثم غاب فى الحال، ثم قال الآخر: أقلتك بحيث يصلح أن يكون جوابا لكلامه - صحت الإقالة وإن لم يسمعه لبعده منه، وهذا شاذ ضعيف.

فرع: إذا فسخ المستودع الوديعة من غير حضور مالكها، ففى صحة الفسخ

---

(١) فى أ: قاس.

وجهان حكاهما الرويانى هنا:

أحدهما: لا يصح؛ لأن الأمانة لا تنفسخ بالقول، ولهذا لو قال: فسخت الأمانة كان على الأمانة ما لم يردها، حتى لو هلكت قبل إمكان الرد لا ضمان.

والثانى: يصح ويرتفع حكم عقد الوديعة ويبقى حكم الأمانة؛ كالثوب إذا ألقته الريح فى دار إنسان يكون أمانة وإلا يكون وديعة فيلزمه أن يعلم صاحبه بذلك، فإن أخر الإعلام مع القدرة ضمن، هذا كلام الرويانى.

وجزم القاضى أبو الطيب فى تعليقه وصاحب الشامل وغيرهما فى هذا الموضع بصحة فسخ الوديعة فى غيبة المالك.

قال القاضى أبو الطيب: تنفسخ ويلزمه ردها إلى مالكها، فإن لم يجده دفعها إلى الحاكم، فإن لم يفعل وهلكت، ضمن.

قال: فإن قيل: لو انفسخت الوديعة لوجب أن يضمنها إذا[(١)] تلفت فى يده قبل العلم بالفسخ؛ لأنه لا يجوز أن تنفسخ ولا تكون مضمونة.

قلنا: لا يمتنع أن تنفسخ وتبقى فى يده أمانة، ولهذا[(٢)] لو حضر المالك وقال: فسخت وديعتى، انفسخت، وتكون أمانة فى يده إلى أن يسلمها، فإن ذهب ليحضرها فتلفت قبل التمكن لم يضمنها، والله أعلم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: فإن تصرف فى المبيع تصرفا يفتقر إلى الملك؛ كالعتق والوطء والهبة والبيع وما أشبهها - نظرت:

فإن كان ذلك من البائع، كان اختيارا للفسخ؛ لأنه تصرف يفتقر إلى الملك فجعل اختيارا للفسخ والرد إلى الملك.

وإن كان ذلك من المشترى ففيه وجهان:

قال أبو إسحاق: إن كان ذلك عتقا كان اختيارا للإمضاء، وإن كان غيره لم يكن اختيارا؛ لأن العتق لو وجد قبل العلم بالعيب منع الرد فأسقط خيار المجلس، وخيار الشرط وما سواه لو وجد قبل العلم بالعيب لم يمنع الرد، فلم يسقط خيار المجلس وخيار الشرط.

---

(١) فى أ: إن.
(٢) فى أ: هذا.

وقال أبو سعيد الإصطخرى: الجميع اختيار للإمضاء.

وهو الصحيح؛ لأن الجميع يفتقر إلى الملك، فكان الجميع اختيارا للملك.

ولأن فى حق البائع الجميع واحد فكذلك[1] فى حق المشترى.

فإن وطئها المشترى بحضرة البائع وهو ساكت، فهل ينقطع خيار البائع بذلك؟ فيه وجهان:

أحدهما: ينقطع؛ لأنه أمكنه أن يمنعه، فإذا سكت كان ذلك رضا بالبيع.

والثانى: لا ينقطع؛ لأنه سكوت عن التصرف فى ملكه، فلا يسقط عليه حكم التصرف؛ كما لو رأى رجلا يخرق ثوبه، فسكت عنه، والله أعلم.

الشرح: قوله: «لأن الجميع يفتقر إلى الملك» احتراز من الاستخدام.

وقوله: «لأنه سكوت عن التصرف فى ملكه» قال القلعى: فيه احتراز من المودع إذا رأى من يسرق الوديعة فسكت عنه.

أما الأحكام ففيها مسائل:

إحداها: قال أصحابنا: يحصل الفسخ والإجازة فى خيار المجلس وخيار الشرط بكل لفظ يفهم منه ذلك؛ كقول البائع: فسخت البيع أو استرجعت المبيع أو رددته، أو رددت الثمن ونحو ذلك، فكل هذا فسخ، والإجازة أجزت البيع وأمضيته، وأسقطت الخيار، وأبطلت الخيار، ونحو ذلك.

قال الصيمرى: وقول البائع فى زمن الخيار: لا أبتاع[2] حتى يزيد فى الثمن، مع قول المشترى: لا أفعل، يكون فسخا وكذا قول المشترى: لا أشترى حتى ينقص عنى من الثمن مع قول البائع: لا أفعل، وكذا طلب البائع حلول الثمن المؤجل وطلب المشترى تأجيل الثمن الحال، كل هذا فسخ. هذا كلام الصيمرى، وحكاه عنه صاحب البيان والرافعى وغيرهما وسكتوا عليه موافقين له.

الثانية: إعتاق البائع إذا كان الخيار لهما أو له وحده، ينفذ ويكون فسخا بلا خلاف، وفى بيعه وجهان مشهوران:

أحدهما: ليس بفسخ.

والثانى - وهو الصحيح - : أنه فسخ، وبه قطع المصنف والجمهور.

---

(١) فى أ: فكذا.

(٢) فى أ: أبيع.

فعلى هذا فى صحة هذا البيع وجهان:

أصحهما: الصحة؛ كالعتق.

والثانى: لا يصح، بل يحصل الفسخ دون البيع.

قال أصحابنا: ويجرى الوجهان فى التزويج والإجارة، وكذا الرهن والهبة إن اتصل بهما القبض، سواء وهب لولده أو لغيره، فإن تجرد الرهن والهبة عن القبض فهو كالعرض على البيع كما سنوضحه متصلا به إن شاء الله تعالى.

فرع: العرض على البيع والإذن فى البيع والتوكيل فيه، والرهن والهبة إذا لم يتصل بهما قبض، فى جميع هذا وجهان:

أحدهما: أنها كلها فسخ إن صدرت من البائع، وإجازة إن صدرت من المشترى.

وأصحهما: أنها ليست فسخا ولا إجازة.

ولو باع المبيع فى مدة الخيار بشرط الخيار:

قال إمام الحرمين: إن قلنا: لا يزول ملك البائع فهو قريب من الهبة الخالية عن القبض.

وإن قلنا: يزول ففيه احتمال؛ لأنه أبقى لنفسه مستدركا والله أعلم.

الثالثة: لو وطئ البائع الجارية المبيعة فى زمان الخيار والخيار له أو لهما ففيه ثلاثة أوجه:

الصحيح المشهور الذى قطع به المصنف والجمهور: أنه فسخ لإشعاره باختيار الإمساك.

والثانى: لا يكون فسخا، ولو وطئ الرجعية لا تكون رجعة.

والثالث: إن نوى به الفسخ كان فسخا، وإلا فلا.

وهذان الوجهان شاذان حكاهما الرافعى وحكى الثالث منهما الدارمى أيضًا والصواب الأول، وبه قطع الأصحاب، ونقل المتولى وغيره الاتفاق عليه.

قالوا: والفرق بينه وبين الرجعة أن الرجعة جعلت لتدارك ملك النكاح، وابتداء ملك النكاح لا يحصل بالفعل وإنما يحصل بالقول فكذا تداركه، وأما فسخ البيع فلتدارك ملك اليمين، وابتداء ملك اليمين يحصل بالفعل كالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد وسبى الجارية وإحياء الموات ونحو ذلك، فعلى الصحيح لو باشر فيما دون الفرج بشهوة أو قبل أو لمس بشهوة، أو استخدم الجارية أو العبد أو الدابة أو

ركبها هل يكون فسخا؟ فيه وجهان حكاهما القاضى حسين وغيره:

أحدهما: يكون، وبه قطع البغوى كالوطء والعتق.

وأصحهما: لا يكون فسخا.

وزيف إمام الحرمين قول من قال: الركوب والاستخدام فسخ وقال: هو هفوة والله أعلم.

ولو طلق إحدى زوجتيه لا بعينها ثم وطئ إحداهما لم يكن تعيينا للطلاق فى الأخرى على الأصح فى[1] القولين وهذا مما أورده الغزالى[2] على الشافعى فى مسألة وطء البائع، وفرق الأصحاب نحو ما سبق فى فرق الرجعة وحاصله الاحتياط للنكاح بخلاف الملك.

الرابعة: وطء المشترى، هل هو إجازة منه؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها المتولى وغيره:

أصحها باتفاق الأصحاب: يكون إجازة؛ لأنه متضمن[3] للرضى، وكما جعلنا وطء البائع فسخا لتضمنه الرضى، كذا وطء المشترى إجازة لتضمنه الرضى.

والثانى: لا؛ لأن وطء المشترى لا يمنع الرد بالعيب، فلا يمنع الفسخ كخيار الشرط.

قال المتولى: وهذا على قولنا: إن الملك للمشترى فى زمن الخيار، وإن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله.

والثالث: إن كان عالما بثبوت الخيار له حالة الوطء، بطل خياره، وإن كان جاهلا به فلا، ويتصور جهله بأن يرث الجارية من مورثه ولا يعلم أن مورثه اشتراها بشرط الخيار، وقاسه هذا القائل على الرد بالعيب، فإنه إذا وطئ وهو عالم بالعيب بطل حقه من الرد، وإن كان جاهلا فلا، ولم يفرق الأصحاب بين خيار المجلس وخيار الشرط.

وقال القاضى حسين: إن وطئ فى خيار الشرط بطل خياره، وإن وطئ فى خيار المجلس فوجهان، فحصل وجه رابع فى المسألة: أنه يبطل خيار الشرط دون خيار

---

(١) فى أ: أصح.
(٢) فى أ: المزنى.
(٣) فى أ: يتضمن.

المجلس، والله أعلم.

وأما إعتاقه: فإن كان بإذن البائع نفذ وحصلت الإجازة من الطرفين، ولزم البيع بلا خلاف، وإن كان بغير إذنه ففى نفوذه خلاف سنذكره واضحا - إن شاء الله تعالى - فى تفريع الأقوال الثلاثة فى الملك فى زمن الخيار لمن هو؟ ومختصره أن المذهب: أنه لا ينفذ إعتاقه إن كان الخيار لهما أو للبائع، فإن كان للمشترى وحده نفذ.

فإن قلنا: ينفذ حصلت الإجازة قطعا، وإلا فوجهان:

أصحهما: الحصول أيضا؛ لدلالته على الرضا واختيار التملك وبهذا قطع المصنف وآخرون.

قال إمام الحرمين: ويتجه أن يقال: إن أعتق وهو يعلم [عدم][1] نفوذه لم يكن إجازة قطعا، والمذهب أنه لا فرق.

أما إذا باع المشترى أو وقف أو وهب وأقبض بغير إذن البائع فلا ينفذ شىء من ذلك بلا خلاف، وهل يكون إجازة؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما:

أصحهما: يكون إجازة. وبه قال الإصطخرى، وصححه المصنف والأصحاب.

والثانى: لا يكون، قاله أبو إسحاق المروزى.

قال أصحابنا: ولو باشر المشترى هذه التصرفات بإذن البائع أو باع المبيع للبائع نفسه فوجهان:

أصحهما: صحة التصرف؛ لتضمنه الإجازة.

والثانى: لا؛ لضعف الملك وعدم تقدم الإجازة.

قال ابن الصباغ وغيره: وعلى الوجهين جميعا يصير البيع لازما، ويسقط الخيار.

قال الرافعى: وقياس ما سبق أنا إذا لم ننفذها كان سقوط الخيار على وجهين، والمذهب ما قاله ابن الصباغ وموافقوه، والله تعالى أعلم.

أما إذا أذن له البائع فى طحن الحنطة المبيعة فطحنها فإنه إجازة منهما.

قال الصيدلانى وغيره: ومجرد الإذن فى هذه التصرفات لا يكون إجازة من البائع

---

(١) سقط فى ط.

ما لم يتصرف، حتى لو رجع البائع قبل التصرف كان على خياره، وفى هذا الذى قالوه نظر؛ لأن الاعتبار بالدلالة على الرضى، وذلك حاصل بمجرد الإذن، وسيأتى فى المسألة الخامسة -إن شاء الله تعالى - عن القاضى حسين خلاف فى هذا، والله أعلم.

الخامسة: إذا وطئ المشترى المبيعة فقد سبق الخلاف فى كونه إجازة منه.

وأما خيار البائع: فإن كان جاهلا بوطء المشترى لم يسقط قطعا، وإن أدركه[١] حصلت الإجازة منه قطعا، ولا يجب على المشترى مهر ولا قيمة الوطء[٢] قطعا، وتصير الجارية أم ولد.

فإن لم يأذن له، ولكن علم أنه يطأ، أو رآه يطأ وسكت عليه، فهل يسقط خيار البائع ويكون مجيزا؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما.

أصحهما: لا يكون مجيزا [ولا يسقط خياره؛ كما لو سكت على بيع وإجازته فإنه لا يكون مجيزًا][٣] قطعًا، وكما لو سكت على وطء أمته لا يسقط به المهر قطعا، أو على تخريق ثوبه لا يسقط القيمة قطعا، هكذا ذكر الأصحاب المسألة ولم يفرقوا بين خيار الشرط وخيار المجلس.

وقال المتولى: إذا أبطلنا خيار المشترى بالوطء وكان البائع جاهلا بوطء المشترى: فإن كان خيار الشرط، لم يبطل حق البائع منه، وإن كان خيار المجلس فوجهان؛ بناء على الوجهين السابقين فيما إذا أسقط المشترى خياره، هل يسقط خيار البائع أم لا؟

وهذا الذى قاله شاذ مردود والمذهب: أنه لا يسقط خيار المجلس والحالة هذه كالشرط.

قال القاضى حسين: ولو أذن له البائع فى الوطء ولم [يطأها، هل يبطل][٤] خيار البائع بمجرد الإذن؟ فيه خلاف مرتب.

إن قلنا: إذا رآه يطأ فسكت، يبطل، فهنا أولى، وإلا فوجهان.

---

(١) فى أ: أذن له.
(٢) فى أ: الولد.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى أ: يطأ.

والفرق أنه وجد هنا صريح الإذن، والله أعلم.

فرع: إذا تصرف المشترى فى المبيع ببيع أو رهن أو هبة أو تزويج[١] ونحوها، وصححناه، لا يبطل خيار البائع إذا لم يكن أذن فى ذلك بلا خلاف، واحتج له المتولى بأن هذه التصرفات لا تبطل مالية الممتنع، وهى قابلة للرفع، والله أعلم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: فإن جن من له الخيار، أو أغمى عليه، انتقل الخيار إلى الناظر فى ماله، وإن مات، فإن كان فى خيار الشرط انتقل الخيار إلى من ينتقل إليه المال؛ لأنه حق ثابت لإصلاح المال، فلم يسقط بالموت كالرهن وحبس المبيع[٢] على الثمن.

فإن لم يعلم الوارث حتى انقضت المدة ففيه وجهان:

أحدهما: يثبت له الخيار فى القدر الذى بقى من المدة؛ لأنه لما انتقل الخيار إلى غير من شرط له بالموت وجب أن ينتقل إلى غير الزمان الذى شرط فيه.

والثانى: أنه تسقط المدة ويثبت الخيار للوارث على الفور؛ لأن المدة فاتت وبقى الخيار، فكان على الفور كخيار الرد بالعيب.

وإن كان فى خيار المجلس فقد روى المزنى أن الخيار للوارث، وقال فى المكاتب: إذا مات وجب البيع، فمن أصحابنا من قال: لا يسقط الخيار بالموت فى المكاتب وغيره.

وقوله فى المكاتب: «وجب البيع» أراد به: أنه لا ينفسخ بالموت كما تنفسخ الكتابة.

ومنهم من قال: يسقط الخيار فى بيع المكاتب ولا يسقط فى بيع غيره؛ لأن السيد يملك بحق الملك، فإذا لم يملك فى حياة المكاتب لم يملك بعد موته.

والوارث يملك بحق الإرث فانتقل إليه بموته.

ومنهم من نقل جواب كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى وخرجهما على قولين:

أحدهما: أنه يسقط الخيار؛ لأنه إذا سقط الخيار بالتفرق فلأن يسقط بالموت -

---

(١) فى أ: بربح.
(٢) فى أ: الممتنع.

والتفرق فيه أعظم - أولى.

والثانى: لا يسقط:

وهو الصحيح؛ لأنه خيار ثابت لفسخ البيع، فلم يبطل بالموت كخيار الشرط.

فعلى هذا، إن كان الذى ينتقل إليه الخيار حاضرا ثبت له الخيار إلى أن يتفارقا[١] أو يتخايرا، وإن كان غائبا ثبت له الخيار إلى أن يفارق الموضع الذى بلغه فيه.

الشرح: قوله: «حق ثابت لإصلاح المال» احتراز ممن أسلم على أكثر من أربع زوجات، وأسلمن، ومات قبل الاختيار، فإن الخيار لا ينتقل إلى الوارث.

وقوله: «خيار ثابت لفسخ البيع» احتراز[٢] بالفسخ عن خيار القبول فى إيجاب البيع، وهو إذا قال البائع: بعتك فمات المشترى قبل القبول لم يقبل الوارث عنه.

واحترز بالبيع عن فسخ النكاح بالعيب وبعتق الأمة تحت عبده.

أما الأحكام: فاتفقت نصوص الشافعى وطرق الأصحاب على أن خيار الشرط وخيار الرد بالعيب ينتقل إلى الوارث بموت المورث، وإلى السيد بموت المكاتب فى مدته ولا خلاف فى هذا، إلا أن الرافعى حكى أن فى خيار الشرط قولا شاذا: أنه يسقط بالموت مخرجا من خيار المجلس، وهذا ضعيف جدا ومردود.

فإذا قلنا بالمذهب، فإن كانت المدة باقية عند بلوغ الخبر ثبت للوارث الخيار إلى انقضائها، وإن كانت قد انقضت فأربعة أوجه، والوجهان الأولان منها مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما.

أصحهما: يكون على الفور.

قال الرويانى وغيره: هذا ظاهر نصه فى الأم.

والوجه الثانى: يثبت فى القدر الذى كان بقى عند الموت.

والثالث: يبقى الخيار ما دام المجلس الذى بلغه فيه الخبر، حكاه القفال والرويانى وآخرون من الخراسانيين.

والوجه الرابع: يسقط الخيار، ويلزم البيع بمجرد مضى المدة، حكاه الرويانى، وبه جزم الماوردى لفوات المدة، وهذا شاذ مردود. والله أعلم.

---

(١) فى أ: يتفرقا.

(٢) فى أ: احترز.

وأما خيار المجلس فإذا مات أحد المتعاقدين فى المجلس نص الشافعى أن الخيار لوارثه، وقال فى المكاتب: إذا باع ومات فى المجلس وجب البيع، وللأصحاب فى المسألتين ثلاث طرق مشهورة، ذكرها المصنف بدلائلها واضحة:

أحدها - وهو قول أبى إسحاق المروزى وأكثر أصحابنا المتقدمين وهو أصحها عند الأصحاب - فى المسألتين قولان:

أصحهما: يثبت الخيار للوارث ولسيد المكاتب؛ كخيار الشرط والرد بالعيب.

والثانى: لا يثبت، بل يلزم البيع بمجرد الموت؛ لأنه أبلغ فى المفارقة من مفارقته بالبدن.

والطريق الثانى: يثبت لهما قطعا، وتأويل نص المكاتب بما ذكره المصنف وبهذا الطريق قال أبو على بن أبى هريرة.

والثالث: تقرير النصين، وهو ثبوت الخيار للوارث دون السيد، والفرق أن الوارث خليفة الميت بخلاف السيد.

ولو مات العاقدان فى المجلس ففى انتقال الخيار إلى وارثهما وسيد المكاتب الخلاف المذكور فى موت أحدهما، صرح به الدارمى والأصحاب والله أعلم.

أما إذا باع العبد المأذون له، أو اشترى ومات فى المجلس، فكالمكاتب وكذا الوكيل بالشراء إذا مات فى المجلس، هل للموكل الخيار؟ فيه الخلاف كالمكاتب، هذا إذا فرعنا على الصحيح أن الاعتبار بمجلس الوكيل.

وفى وجه شاذ ضعيف: يعتبر مجلس الموكل، وهو شاذ ليس بشىء.

قال أصحابنا: فإن لم يثبت الخيار للوارث فقد انقطع خيار الميت.

وأما العاقد الآخر الحى فذكر البغوى أن خياره لا ينقطع حتى يفارق ذلك المجلس.

وقال إمام الحرمين: يلزم العقد من الجانبين.

قال الرافعى: ويجوز تقرير خلاف لما سبق أن هذا الخيار لا يتبعض سقوطه كموته[1] وذكر القاضى حسين فيه وجهين:

أحدهما: يمتد إلى أن يفارق مجلسه ثم ينقطع.

---

(١) فى أ: كثبوته.

والثاني: يبقى إلى أن يجتمع هو والوارث [فحصل ثلاثة أوجه:

أحدهما: ينقطع خياره.

والثاني: يمتد الى أن يجتمع هو واورث][١] الآخر.

والثالث: يمتد إلى مفارقته مجلس العقد، وهذا هو الصحيح وهو الذى جزم به البغوى.

وحكى الرويانى وجها رابعا: أنه ينقطع خياره بموت صاحبه، فإذا بلغ الخبر إلى وارثه حدث لهذا الحى الخيار معه، وهذا شاذ ضعيف.

فإن قلنا: يثبت الخيار للوارث، فإن كان حاضرا فى المجلس امتد الخيار بينه وبين العاقد الآخر حتى يتفرقا أو يتخايرا، وإن كان غائبا فله الخيار إذا وصله الخبر.

وهل هو على الفور؟ أم يمتد امتداد مجلس بلوغ الخبر إليه؟ فيه وجهان كالوجهين فى خيار الشرط إذا ورثه الوارث، وبلغه الخبر بعد مضى مدة الخيار.

ففى وجه: هو على الفور، وفى وجه: يمتد كما كان يمتد للميت لو بقى، ومنهم من بناهما على الوجهين فى كيفية ثبوته للعاقد الباقى:

أحدهما[٢]: له الخيار، ما دام فى مجلس العقد، فعلى هذا يكون خيار الوارث ثابتا فى المجلس الذى يشاهد فيه المبيع.

والثاني: يتأخر خياره إلى أن يجتمع هو والوارث فى مجلس فحينئذ يثبت الخيار للوارث، وجمع القاضى حسين فى تعليقه هذا الخلاف، فحكى فى المسألة ثلاثة أوجه:

أحدهما: يثبت له على الفور.

والثاني: ما لم يفارق مجلس بلوغ الخبر.

والثالث: ما لم يجتمع هو والعاقد الآخر.

وحكى الرويانى وجها رابعا: أنه يثبت له الخيار إذا أبصر السلعة، ولا يتأخر عن ذلك.

والأصح: أن خيار الوارث يثبت ما دام فى مجلس بلوغ الخبر إليه. وبه قطع

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: أحدها.

المصنف وشيخه القاضى أبو الطيب والماوردى وآخرون، وهو قول أبى إسحاق المروزى.

فرع: إذا ورث خيار المجلس اثنان فصاعدا وكانوا حضورا فى مجلس العقد، فلهم الخيار إلى أن يفارقوا العاقد الآخر.

ولا ينقطع بمفارقة بعضهم على الأصح المشهور، وبه جزم الأكثرون.

فإن كانوا غائبين عن المجلس، قال المتولى: إن قلنا فى الوارث الواحد: يثبت الخيار فى مجلس مشاهدة المبيع، فلهم الخيار إذا اجتمعوا فى مجلس.

وإن قلنا: له الخيار إذا اجتمع هو والعاقد، وكذا لهم الخيار إذا اجتمعوا هم وهو

ومتى فسخ بعضهم وأجاز بعضهم فوجهان مشهوران حكاهما ابن القطان والقاضى حسين والمتولى والرويانى وغيرهم:

أحدهما: لا ينفسخ فى شىء.

وأصحهما: ينفسخ فى الجميع؛ كالمورث لو فسخ فى حياته فى بعضه، وأجاز فى بعض.

قال المتولى: ولا خلاف أنه لا يبعض الفسخ؛ لأن فيه إضرارا بالعاقد الآخر.

قال: ولو حضر بعضهم وغاب البعض فللحاضر الخيار، فإن فسخ وقلنا: يغلب الفسخ نفذ الفسخ فى الجميع، وإن أجاز توقفنا حتى يبلغ الخبر إلى الغائب، هذا ما نقله المتولى.

وقال الماوردى والرويانى: إن مات البائع فلكل واحد من ورثته أن ينفرد بالفسخ فى حصته بلا خلاف وإن مات المشترى فوجهان:

أحدهما: يثبت الفسخ لكل من ورثته كعكسه.

وأصحهما: ليس لأحدهم الفسخ.

والفرق: أن المشترى يثبت له الخيار بتبعيض الصفقة عليه، فيزول عنه الضرر، بخلاف البائع، والمذهب ما ذكره المتولى.

فرع: لو جن أحد العاقدين أو أغمى عليه لم ينقطع الخيار، بل يقوم وليه أو الحاكم مقامه، فيفعل ما فيه الحظ من الفسخ والإجازة.

هذا هو المذهب، وبه قطع المصنف والأصحاب.

وفيه وجه مخرج من الموت: أنه ينقطع. حكاه جماعة من الخراسانيين منهم

المتولى والروياني، قال: وليس هو بشيء.

ولو خرس أحدهما فى المجلس، قال أصحابنا: إن كانت له إشارة مفهومة أو كتابة - فهو على خياره وإلا نصب الحاكم نائبا عنه، وهذا متفق عليه عند أصحابنا.

فرع: إذا جن أحد العاقدين أو أغمى عليه فى مدة الخيار، وأقام القاضى فيما يقوم مقامه فى الخيار ففسخ القيم أو أجاز، فأفاق العاقد وادعى أن الغبطة خلاف ما فعله القيم.

قال القاضى حسين وغيره: ينظر الحاكم فى ذلك: فإن وجد الأمر كما يقول المفيق مكنه من الفسخ والإجازة، ونقض فعل القيم، وإن لم يكن ما ادعاه المفيق ظاهرا فالقول قول القيم مع يمينه؛ لأنه أمين فيما فعله إلا أن يقيم المفيق بينة بما ادعاه.

فرع: قال القاضى حسين: حيث أثبتنا خيار المجلس أو الشرط للوارث، وكان واحدا فإن قال: أجزت انبرم العقد، وإن قال: فسخت انفسخ، وإن قال: أجزت وفسخت أو فسخت وأجزت، فالحكم باللفظ المتقدم منهما، وإن قال: أجزت فى النصف [وفسخت فى النصف][1]، غلب الفسخ؛ كما لو فسخ أحد العاقدين وأجاز الآخر، فإنه يقدم الفسخ كما سبق.

فرع: لو حضر الموكل مجلس العقد، فحجر على الوكيل فى خيار المجلس، فمنعه الفسخ والإجازة فقد ذكر الغزالى فى البسيط والوسيط كلاما معناه أن فيه احتمالين:

أحدهما: يجب الامتثال فينقطع خيار الوكيل، قال: وهو مشكل؛ لأنه يلزم منه رجوع الخيار إلى الموكل، وهو مشكل.

والثاني: لا يمتثل؛ لأنه من لوازم السبب السابق، وهو المنع، لكنه مشكل؛ لأنه مخالف[2] بيان الوكالة التى مقتضاها امتثال قول الموكل، وهذا الثانى أرجح، هذا معنى كلام الغزالى وليس فى المسألة خلاف، وإن كانت عبارته موهمة إثبات خلاف، والله أعلم.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: يخالف.

فرع: إذا كان الخيار لأحدهما دون الآخر فمات من لا خيار له، بقى الخيار للآخر بلا خلاف.

قال المتولى: وهذا كما أن الدين المؤجل لا يحل بموت من له الدين، وإنما يحل بموت من عليه وتتصور المسألة فى خيار الشرط، وتتصور فى خيار المجلس إذا أجاز أحدهما دون الآخر ثم مات المخير فى المجلس.

فرع: إذا شرط الخيار لأجنبى، وصححناه وخصصناه به دون الشارط فمات، ففى انتقاله إلى الشارط الخلاف المذكور فى المكاتب، ذكره المتولى وغيره، وسبق بيانه فى مسألة شرط الخيار للأجنبى.

قال المتولى: ولا خلاف أنه لا ينتقل إلى وارث الأجنبى.

قال: وكذا لو شرط الوكيل الخيار لنفسه حيث يصح، وخصصناه به فمات، لا ينتقل إلى وارثه بلا خلاف، وفى انتقاله إلى الموكل الخلاف كالمكاتب.

وحكى الفورانى وجها: أنه ينتقل إلى وارث الوكيل، وهذا ضعيف أو غلط.

وحكى أيضا طريقا آخر: أنه ينتقل إلى الموكل قطعا، وادعى أنه المذهب؛ لأنه نائبه.

وطريقا ثالثا: أنه يبطل الخيار قطعا وحكى القاضى حسين هذا الطريق.

والمذهب المشهور: أنه كالمكاتب، والصحيح على الجملة: أنه ينتقل إلى الموكل، قال: وكذا المكاتب إذا شرط الخيار ثم عجز نفسه، هل ينتقل الخيار إلى سيده؟ فيه الخلاف، والله أعلم.

فرع: قد ذكرنا أن خيار الرد بالعيب يثبت للوارث بلا خلاف إذا مات الوارث[(١)] قبل التقصير المسقط للرد، وهذا حكم خيار الخلف فيما إذا شرط أن العبد كاتب فأخلف ونحوه.

قال المتولى: وهكذا الخيار الثابت للبائع عند عجز المشترى عن تسليم الرهن المشروط فى البيع ينتقل إلى الوارث، فأما خيار القبول فلا يورث بلا خلاف، وصورته إذا قال البائع: بعتكه فمات المشترى ووارثه حاضر فقبل فى الحال لا يصح، هذا هو المذهب وبه قطع الأصحاب.

---

(١) فى أ: المورث.

وحكى الروياني وجها: أنه إذا قبل وارثه في الحال صح البيع وهو[1] شاذ باطل، وقد سبقت المسألة بفروعها في مسائل الإيجاب والقبول.

قال المتولي: والفرق بينهما أن خيار القبول ليس بلازم؛ لأن من عليه -وهو البائع - لو قال: رجعت أو أبطلت الإيجاب، بطل خيار المشترى، بخلاف الخيار في هذه المسألة[2]، فإنه لازم، حتى لو قال من عليه الخيار لصاحبه: أبطلت عليك خيارك، لم يبطل حقه، فما كان جائزا سقط بالموت، وما كان لازما لم يسقط بالموت؛ كالعقود فإنه يبطل بالموت الجائز منها دون اللازم.

فرع: قال المتولي: لو وهب لولده شيئا فمات الواهب لا ينتقل حق الرجوع فيه إلى الورثة؛ لأنهم لا يرثون العين فلا يرثون الخيار منها، وكما لا يورث حق النكاح والولاء.

قال المتولي: وحد ما يورث وما لا يورث من الحقوق: أن كل حق لازم متعلق بالمال يورث بوراثة المال، هذا كلامه، وليس هذا الذي قاله حدا صحيحا، فإنه ترك أشياء كثيرة لم تدخل في حده:

منها حد القذف.

ومنها: القصاص.

ومنها: النجاسات المنتفع بها؛ كالكلب والسرجين وجلد الميتة وغير ذلك، والله أعلم.

فرع: إذا مات صاحب الخيار - وقلنا: ينتقل إلى الورثة فكانوا أطفالا أو مجانين - قال الروياني وغيره: ينصب القاضي قيما يفعل ما هو المصلحة من الفسخ والإجازة؛ كما لو جن صاحب الخيار، والله أعلم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وفي الوقت الذي ينتقل الملك في البيع الذي فيه خيار المجلس أو خيار الشرط، ثلاثة أقوال:

أحدها: ينتقل بنفس العقد؛ لأنه عقد معاوضة يوجب الملك فانتقل الملك فيه بنفس العقد كالنكاح.

والثاني: أنه يملك بالعقد وانقضاء الخيار؛ لأنه لا يملك التصرف إلا بالعقد

---

(١) في أ: وهذا.

(٢) في أ: المسائل.

وانقضاء الخيار، فدل على أنه لا يملك إلا بهما.

والثالث: أنه موقوف مراعى، فإن لم يفسخ العقد تبينا أنه ملك بالعقد، وإن فسخ تبينا أنه لم يملك؛ لأنه لا يجوز أن يملك بالعقد[١]؛ لأنه لو ملك بالعقد لملك التصرف، ولا يجوز أن يملك بانقضاء الخيار؛ لأن انقضاء الخيار لا يوجب الملك.

فثبت أنه موقوف مراعى.

فإن كان المبيع عبدا فأعتقه البائع نفذ عتقه؛ لأنه إن كان باقيا على ملكه فقد صادف العتق ملكه، وإن كان قد زال ملكه عنه إلا أنه يملك الفسخ فجعل العتق فسخا، وإن أعتقه المشترى لم يخل إما أن يفسخ البائع البيع أو لا يفسخ[٢]، فإن لم يفسخ - وقلنا: إنه يملكه بنفس العقد، أو قلنا: إنه موقوف مراعى - نفذ عتقه؛ لأنه صادف ملكه.

وإن قلنا: إنه لا يملك بالعقد، لم يعتق؛ لأنه لم يصادف ملكه.

وإن فسخ البائع - وقلنا: إنه لا يملك بالعقد أو قلنا: إنه موقوف - لم يعتق؛ لأنه لم يصادف ملكه.

وإن قلنا: إنه يملك بالعقد ففيه وجهان:

قال أبو العباس: إن كان موسرا عتق وإن كان معسرا لم يعتق؛ لأن العتق صادف ملكه، وقد تعلق به حق الغير فأشبه عتق المرهون.

ومن أصحابنا من قال: لا يعتق.

وهو المنصوص؛ لأن البائع اختار الفسخ والمشترى اختار الإجازة بالعتق، والفسخ والإجازة إذا اجتمعا قدم الفسخ، ولهذا لو قال المشترى: أجزت[٣]، وقال البائع بعده: فسخت - قدم الفسخ وبطلت الإجازة، وإن كانت سابقة للفسخ.

فإن قلنا: لا يعتق عاد العبد إلى ملك البائع.

وإن قلنا: يعتق، فهل يرجع البائع بالثمن أو القيمة؟ قال أبو العباس: يحتمل وجهين:

أحدهما: يرجع بالثمن ويكون العتق مقررا للعقد ومبطلا للفسخ.

---

(١) فى أ: العقد.
(٢) فى أ: يفسخه.
(٣) فى أ: أجزته.

والثانى: أنه يرجع بالقيمة[١] ؛ لأن البيع انفسخ وتعذر الرجوع إلى العين[٢]، فرجع إلى قيمته؛ كما لو اشترى عبدا بثوب وأعتق العبد، ووجد البائع بالثوب عيبا فرده فإنه يرجع بقيمة العبد، فإن باع البائع المبيع أو وهبه صح؛ لأنه إما أن يكون على ملكه فيملك العقد عليه، وإما أن يكون للمشترى إلا أنه يملك الفسخ فجعل البيع والهبة فسخا.

وإن باع المشترى المبيع أو وهبه نظرت:

فإن كان بغير رضى البائع، فإن قلنا: إنه فى ملك البائع، لم يصح تصرفه.

وإن قلنا: إنه فى ملكه، ففيه وجهان:

قال أبو سعيد الإصطخرى: يصح، وللبائع أن يختار الفسخ، فإذا فسخ بطل تصرف المشترى.

ووجهه: أن التصرف صادف ملكه الذى ثبت للغير فيه حق الانتزاع فأشبه إذا اشترى شقصا فيه شفعة فباعه.

ومن أصحابنا من قال: لا يصح؛ لأنه باع عينا تعلق بها حق الغير من غير رضاه، فلم يصح؛ كما لو باع الراهن المرهون.

[فأما إذا][٣] تصرف فيه برضى البائع نظرت:

فإن كان عتقا، نفذ؛ لأنهما رضيا بإمضاء البيع.

وإن كان بيعا أو هبة ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح؛ لأنه ابتدأ بالتصرف قبل أن يتم ملكه.

والثانى: يصح؛ لأن المنع من التصرف لحق البائع وقد رضى البائع.

الشرح: قوله: لأنه عقد معاوضة يوجب الملك احترز بالمعاوضة عن الهبة، فإنها لا تملك بالعقد، بل بالقبض، وعن الوصية.

وبقوله: يوجب الملك عن الكتابة، فإنها عقد معاوضة لكن لا توجب الملك، فإن العبد لا يملك نفسه أبدا، وإنما فائدة عتقه تقدم ملك فيه.

وقوله: فأشبه عتق المرهون يعنى على أصح الأقوال الثلاثة المشهورة فيه.

---

(١) فى أ : والثانى يرجع بقيمته.
(٢) فى أ: العبد.
(٣) فى أ: فإن.

وقوله: ثبت للغير فيه حق هذا مما أنكره بعض أهل العربية على الفقهاء وغيرهم، فقال: لفظة «غير» لا تدخل عليها الألف، وكذا كل وبعض، وجوزه آخرون، وقد أوضحته فى تهذيب الأسماء واللغات.

أما الأحكام فقال أصحابنا: فى ملك المبيع فى زمن خيار المجلس وخيار الشرط ثلاثة أقوال مشهورة، ذكرها المصنف بدليلها.

أحدها: أنه ملك للمشترى ينتقل إليه بنفس العقد ويكون الثمن ملكا للبائع، قال الماوردى: وهذا نصه فى باب زكاة الفطر .

والثانى: أنه باق على ملك البائع، ولا يملكه المشترى إلا بعد انقضاء الخيار من غير فسخ، ويكون الثمن باقيا على ملك المشترى، قال الماوردى: وهذا نصه فى الأم.

والثالث: موقوف، فإن تم البيع حكمنا بأنه كان ملكا للمشترى بنفس العقد. وإلا فقد بان أن ملك البائع لم يزل. وهكذا يكون الثمن موقوفا على هذا القول، وفى موضع الأقوال ثلاثة طرق حكاها المتولى وغيره:

أحدها: أنه إذا كان الخيار لهما إما بالشرط وإما بالمجلس أما إذا كان لأحدهما، فالمبيع على ملكه لأنه ملك التصرف.

والطريق الثانى: أنه لا خلاف فى المسألة، بل إن كان الخيار للبائع فالملك له، وإن كان للمشترى فله، وإن كان لهما فموقوف وتنزل الأقوال على هذه الأحوال.

والثالث: طرد الأقوال فى جميع الأحوال وهو الأصح عند عامة الأصحاب منهم العراقيون والحليمى، هذا نقل الرافعى.

وقال إمام الحرمين: طرد الأئمة الأحوال الثلاثة فيه إذا كان لهما أو لأحدهما قال: وقال بعض المحققين: إن كان الخيار لهما ففيه الأقوال، وإن كان الخيار للمشترى فالأصح أن الملك له وإن كان الخيار للبائع فالأصح أن المبيع باق على ملكه، قال الإمام: وكان شيخى يقول: يتجه أن يجعل ذلك قولا رابعا.

واختلف أصحابنا فى الأصح من هذه الأقوال، فصححت طائفة القول بأن المشترى يملك بنفس العقد، ومنهم الشيخ أبو حامد والماوردى والقاضى أبو الطيب وإمام الحرمين وغيرهم، وبه قطع المحاملى فى المقنع، وسليم الرازى فى الكفاية، والجرجانى فى التحرير وهو مذهب أحمد، وصححت طائفة قول الوقف، ممن

صححه البغوى، وصححت طائفة التفصيل فقالوا: إن كان الخيار للبائع، فالأصح أن الملك له، وإن كان الخيار للمشترى وحده فالأصح أن الملك له. وإن كان لهما فالأصح أنه موقوف، وممن صحح هذا التفصيل القفال، وحكاه عنه الرويانى فى البحر، وأشار إلى موافقته وصححه أيضا صاحب البيان والرافعى فى كتابيه الشرح الكبير والمحرر، وقطع به الرويانى فى الحلية، والله أعلم.

التفريع قال أصحابنا - رحمهم الله -: لهذه الأقوال فروع كثيرة منها ما يذكر فى أبوابه، ومنها ما يذكر هنا:

فمنها: كسب العبد والأمة المبيعين فى زمن الخيار، فإن تم البيع فهو للمشترى إن قلنا الملك له أو موقوف، وإن قلنا: الملك للبائع فوجهان:

أصحهما وبه قال الجمهور: الكسب للبائع؛ لأن الملك له عند حصوله، وقال أبو على الطبرى: هو للمشترى واستدل له المتولى وغيره بأن سبب زوال ملك البائع موجود حال الزيادة؛ فلم يجعل لها حكم، وجعلت تابعة للعين، وكان لمن استقر ملك العين له، وإن فسخ البائع فهو للبائع إن قلنا: الملك له أو موقوف.

وإن قلنا: للمشترى فوجهان مشهوران.

أصحهما: للمشترى.

والثانى: للبائع، وبه قال أبو إسحاق المروزى قال المتولى هما مبنيان على أن الفسخ يرفع العقد من حينه أو من أصله، وفيه وجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين.

أصحهما: من حينه.

والثانى: من أصله.

فإن قلنا: من حينه فهو للمشترى، وإلا فللبائع قال أصحابنا: وفى معنى الكسب، اللبن والشعر والثمرة ومهر الجارية إذا وطئت بشبهة أو أكرهت على الزنا وكون الجميع حكم كسب العبد على التفصيل والخلاف.

ومنها: النتاج، فإن وجد حدوث الولد وانفصاله فى مدة الخيار لامتداد المجلس فهو كالكسب، وإن كانت الجارية أو البهيمة حاملا عند البيع وولدت فى زمن الخيار بنى على أن الحمل هل له حكم؟ وهل يأخذ قسطا من الثمن؟ وفيه قولان مشهوران ذكرهما المصنف بعد هذا بدليلهما.

أحدهما: لا كالأعضاء، فعلى هذا هو كالكسب كما سبق بلا فرق وأصحهما له قسط كما لو بيع بعد الانفصال مع الأم فعلى هذا يكون الحمل مع الأم كعينين بيعتا معا، فإن فسخ البيع فهما للبائع وإلا فللمشترى.

ومنها: العتق فإذا أعتق البائع العبد المبيع فى زمن الخيار المشروط لهما أو للبائع وحده نفذ إعتاقه على كل قول، وهذا لا خلاف فيه، ودليله ما ذكره المصنف.

وإن أعتقه المشترى:

فإن قلنا: الملك للبائع لم ينفذ إن فسخ البيع قطعا، وكذا إن تم على أصح الوجهين، وهو المنصوص لما ذكره المصنف.

وإن قلنا: موقوف، فالعتق أيضا موقوف، فإن تم البيع بان نفوذه وإلا فلا.

وإن قلنا: الملك للمشترى ففى نفوذ العتق وجهان.

أصحهما: وهو ظاهر النص لا ينفذ صيانة لحق البائع على الاتصال.

والثانى: ينفذ، وبه قال ابن سريج، وعلى هذا وجهان.

أصحهما وبه قطع المصنف: أنه إنما ينفذ إذا كان موسرا بقيمته، فإن كان معسرا فلا، كالموهوب على أصح الأقوال والثانى ينفذ موسرا كان أو معسرا.

فإن قلنا: لا ينفذ فاختار البائع الإجازة ففى الحكم بنفوذه الآن وجهان أصحهما: لا ينفذ فإن قلنا: ينفذ فهل من وقت الإجازة؟ أم من وقت الإعتاق؟ فيه وجهان:

أصحهما: من وقت الإجازة.

وإن قلنا: بقول ابن سريج ففى بطلان خيار البائع وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما.

أحدهما: يبطل وليس له إلا الثمن وأصحهما: لا يبطل لكن لا يرد العتق، بل إذا فسخ أخذ قيمة العبد كنظيره فى الرد بالعيب. فعلى هذا إن اختلفا فى قيمة العبد وتعذرت معرفتها لموته أو غيبته ونحو ذلك فالقول قول المشترى، لأنه غارم، هذا كله إذا كان الخيار لهما أو للبائع.

أما إذا كان للمشترى وحده فينفذ إعتاقه على جميع الأقوال بلا خلاف لأنه إما مصادف ملكه، وإما إجازة، وليس فيه إبطال حق لغيره، وإن أعتقه البائع وكان الخيار للمشترى وحده:

فإن قلنا: الملك للمشترى لم ينفذ سواء تم البيع أو فسخ، وفيما إذا فسخ الوجه

الشاذ السابق الناظر إلى المال. وإن قلنا: موقوف لم ينفذ إن تم البيع وإلا فينفذ. وإن قلنا: الملك للبائع فإن انفسخ العقد بطل العتق وإلا فقد أعتق، تبينا ثبوت الاستيلاد وإلا فلا، فلو ملكها بعد ذلك عاد القولان، وعلى قولنا: الملك للمشترى فى ثبوت الاستيلاد الخلاف السابق فى العتق، فإن لم يثبته فى الحال وتم البيع تبينا ثبوته، ورتب الخراسانيون الخلاف فى الاستيلاد على الخلاف فى العتق، ثم اختلفوا فقيل: الاستيلاد أولى بالثبوت وقيل عكسه، قال إمام الحرمين: ولا تبعد التسوية، قال أصحابنا: والقول فى وجوب قيمة الولد على المشترى كالقول فى ملكه الذى تعلق به حق لازم، فهو كإعتاق المرهون والله أعلم.

ومنها: الوطء فإن كان الخيار لهما أو للبائع ففى حله للبائع طرق:

أحدها: إن قلنا الملك له فحلال، وإلا فوجهان:

وجه الحل: أنه يتضمن الفسخ، وفى ذلك عود الملك إليه معه أو قبيله.

والطريق الثانى: إن قلنا: لا ملك له فحرام، وإلا فوجهان:

وجه التحريم: ضعف الملك.

والثالث: القطع بالحل مطلقا.

قال الرافعى: والمذهب من هذا كله: الحل إن جعلنا الملك له، والتحريم إن لم نجعله له، ولا مهر عليه بحال بلا خلاف.

وأما وطء المشترى فحرام قطعا، والصورة فيما إذا كان الخيار لهما أو للبائع وحده؛ لأنه وإن ملك على قول فملك ضعيف ولكن لو وطئ فلا حد على الأقوال كلها بلا خلاف لوجود الملك أو شبهته.

وأما المهر فإن تم البيع لم يلزمه، إن قلنا: الملك له أو موقوف.

وإن قلنا: للبائع فوجهان:

الصحيح، وقول الجمهور: وجوب المهر له.

وقال أبو إسحاق: لا يجب؛ نظرا إلى المال، فإن فسخ البيع وجب المهر للبائع، إن قلنا: الملك له أو موقوف.

وإن قلنا: للمشترى فوجهان:

أصحهما: لا مهر.

والثانى: يجب؛ لضعف ملكه وزواله.

فإن أولدها المشترى فالولد نسيب بلا خلاف على الأقوال كلها؛ لأنه وطء فى ملك أو شبهة.

وأما الاستيلاد:

فإن قلنا: الملك للبائع لم يثبت.

ثم إن تم البيع أو ملكها بعد ذلك ففى ثبوته حينئذ القولان المشهوران، فيمن وطئ جارية غيره بشبهة، ثم ملكها.

أصحهما: لا يثبت، وعلى الوجه الضعيف الناظر إلى المال يثبت إذا تم البيع بعد الاستيلاد بلا خلاف وعلى قول الوقف إن تم البيع تبينا ثبوت الاستيلاد وإلا فلا، فلو ملكها بعد ذلك عاد القولان، وعلى قولنا: الملك للمشترى فى ثبوت الاستيلاد الخلاف السابق فى العتق، فإن لم نثبته فى الحال وتم البيع [فبينا ثبوته ورتب الخراسانى الخلاف فى الاستيلاد على الخلاف فى العتق ثم اختلفوا فقيل: الاستيلاد أولى بالثبوت، وقيل عكسه.

قال إمام الحرمين: ولا تبعد التسمية.

قال أصحابنا: والقول وجوب قيمة الولد على المشترى كالقول][1] فى المهر، وإذا وجبت قيمة الولد اعتبرت يوم الولادة فإن وضعته ميتا لم يجب قيمته؛ لأنه لم يخل بينه وبينه، هذا كله إذا كان الخيار لهما أو للبائع.

فأما إذا كان للمشترى وحده فحكمه حل الوطء له كما سبق فى حله فى طرف البائع إذا كان الخيار لهما أو للبائع، وأما البائع فيحرم عليه الوطء هنا، فلو وطئ فالقول فى وجوب المهر، وفى ثبوت الاستيلاد ووجوب القيمة كما ذكرنا فى طرف المشترى إذا كان الخيار لهما أو للبائع، والله تعالى أعلم.

قال القاضى حسين: إذا قلنا: الملك للمشترى وأحبلها ثبت الاستيلاد وبطل خياره، وفى بطلان خيار البائع وجهان، فإن أبطلناه انبرم العقد واستقر الثمن، وإن لم نبطله فاختار البائع الإجازة فكذلك، فإن فسخ البيع فهل يبطل الاستيلاد؟.

إن قلنا: لا يبطل العتق فالاستيلاد أولى وإلا فوجهان.

والفرق: أن الاستيلاد فعل وهو أقوى من العتق، ولهذا ينفذ استيلاد المجنون

---

(١) سقط فى ط.

والسفيه والمريض والأب فى جارية ابنه دون إعتاقهم.

فإن قلنا: لا يفسخ الاستيلاد رجع بقيمتها.

وإن قلنا: له فسخه استرد الجارية، والله أعلم.

ومنها: بيع البائع والمشترى وهبتهما وسائر عقودهما وسبق بيانها قبل هذا الفصل، والله أعلم.

فرع: إذا اشترى عبدا لجارية ثم أعتقهما معا، فإن كان الخيار لهما عتقت الجارية بناء على ما سبق أن إعتاق البائع نافذ متضمن للفسخ، ولا يعتق العبد المشترى.

وإن قلنا: الملك فيه لمشتريه لما فيه من إبطال حق صاحبه، هذا هو الأصح وعلى الوجه القائل بنفاذ إعتاق المشترى - تفريعا على أن الملك للمشترى - يعتق العبد، ولا تعتق الجارية.

أما إذا كان الخيار لمشترى العبد فثلاثة أوجه:

أصحها: يعتق العبد؛ لأنه أجازه، والأصل استمرار العقد.

والثانى: تعتق الجارية؛ لأن عتقها فسخ فقدم على الإجازة، ولهذا لو فسخ أحد المتبايعين وأجاز الآخر قدم الفسخ.

والثالث: لا يعتق واحد منهما.

أما إذا كان الخيار لبائع العبد وحده فالمعتق بالإضافة إلى العبد مشتر، والخيار لصاحبه، وبالإضافة إلى الجارية بائع، والخيار لصاحبه، وقد سبق الخلاف فى إعتاقهما.

قال الرافعى: والذى يفتى به أنه لا ينفذ العتق فى واحد منهما فى الحال، فإن فسخ صاحبه نفذ فى الجارية وإلا ففى العبد.

ولو كانت المسألة بحالها وأعتقهما مشترى الجارية فليقس الحكم بما سبق، وإن كان الخيار لهما عتق العبد دون الجارية على الأصح، وإن كان للمعتق وحده فعلى الأوجه الثلاثة: ففى الأول يعتق العبد وفى الثانى الجارية.

ولا يخفى حكم الثالث، والله أعلم.

أما إذا أعتق أحد المتعاقدين أحد المبيعين، فقال القاضى حسين:

إن قلنا: الخيار يمنع الملك نفذ عتقه فيما باع.

وإن قلنا: لا يمنع، قلنا له: عين أحدهما للعتق فإن عين ما اشتراه كان كإعتاق

المشترى فى مدة الخيار، وإن عين فيما باع نفذ قطعا.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن كان المبيع جارية لم يمنع البائع من وطئها؛ لأنها باقية على ملكه فى بعض الأقوال ويملك ردها إلى ملكه فى بعض الأقوال، فإذا وطئها انفسخ البيع.

ولا يجوز للمشترى وطؤها؛ لأنه فى أحد الأقوال لا يملكها.

وفى الثانى مراعى فلا يعلم هل يملكها أم لا؟

وفى الثالث يملكها ملكا غير مستقر.

فإن وطئها لم يجب الحد، وإن أحبلها ثبت نسب الولد وانعقد الولد حرا؛ لأنه إما أن يكون فى ملك أو شبهة ملك.

وأما المهر وقيمة الولد وكون الجارية أم ولد فإنه يبنى على الأقوال، فإن أجاز البائع البيع بعد وطء المشترى - وقلنا: إن الملك للمشترى، أو موقوف - لم يلزمه المهر ولا قيمة الولد، وتصير الجارية أم ولد؛ لأنها مملوكته.

وإن قلنا: إن الملك للبائع فعليه المهر.

وقال أبو إسحاق: لا يلزمه كما لا تلزمه أجرة الخدمة، والمذهب الأول؛ لأنه وطء فى ملك البائع، ويخالف الخدمة فإن الخدمة تستباح بالإباحة، والوطء لا يستباح، وفى قيمة الولد وجهان:

أحدهما: لا تلزمه؛ لأنها وضعته فى ملكه والاعتبار بحال الوضع، ألا ترى أن قيمة الولد تعتبر حال الوضع.

والثانى: تلزمه؛ لأن العلوق حصل فى غير ملكه، والاعتبار بحال العلوق؛ لأنها حالة الإتلاف، وإنما تأخر التقويم إلى حال الوضع؛ لأنه لا يمكن تقويمه فى حال العلوق، وهل تصير الجارية أم ولد؟ فيه قولان كما قلنا فيمن أحبل جارية غيره بشبهة، فأما إذا فسخ البيع وعادت إلى ملكه.

فإن قلنا: إن الملك للبائع أو موقوف وجب عليه المهر وقيمة الولد، ولا تصير الجارية فى الحال أم ولد، وهل تصير أم ولد إذا ملكها؟ فيه قولان.

وإن قلنا: إن الملك للمشترى لم يجب عليه المهر؛ لأن الوطء صادف ملكه.

ومن أصحابنا من قال: يجب؛ لأنه لم يتم ملكه عليها، وهذا يبطل به إذا أجاز البائع البيع.

وعلى قول أبى العباس تصير أمولد كما تعتق إذا أعتقها عنده، وهل يرجع البائع بقيمتها أو بالثمن؟ فيه وجهان، وقد بينا ذلك فى العتق.

وعلى المنصوص أنها لا تصير أم ولد له؛ لأن حق البائع سابق فلا يسقط بإحبال المشترى، فإن ملكها المشترى بعد ذلك صارت أم ولد؛ لأنها إنما لم تصر أم ولد له فى الحال لحق البائع، فإذا ملكها صارت أم ولد.

وإن اشترى جارية فولدت فى مدة الخيار بنينا على أن الحمل هل له حكم فى البيع؟ وفيه قولان:

أحدهما: له حكم ويقابله قسط من الثمن.

وهو الصحيح؛ لأن ما أخذ قسطا من الثمن بعد الانفصال أخذ قسطا من الثمن قبل الانفصال كاللبن.

والثانى: لا حكم له ولا قسط له من الثمن؛ لأنه يتبعها فى العتق، فلم يأخذ قسطا من الثمن كالأعضاء.

فإن قلنا: إن له حكما فهو مع الأم بمنزلة العينين المبيعتين، فإن أمضى العقد كانا للمشترى، وإن فسخ العقد كانا للبائع، كالعينين المبيعتين[1].

وإن قلنا: لا حكم له، نظرت:

فإن أمضى العقد، وقلنا: إن الملك ينتقل بالعقد أو موقوف، فهما للمشترى.

وإن قلنا: إنه يملك بالعقد وانقضاء الخيار فالولد للبائع.

فإن فسخ العقد، وقلنا: إنه يملك بالعقد وانقضاء الخيار، أو قلنا: إنه موقوف - فالولد للبائع.

وإن قلنا: يملك بالعقد فهو للمشترى.

وقال أبو إسحاق: الولد للبائع؛ لأن على هذا القول لا ينفذ عتق المشترى.

وهذا خطأ؛ لأن العتق يفتقر إلى ملك تام، والنماء لا يفتقر إلى ملك تام.

الشرح: هذه المسائل كلها واضحة، وسبق شرحها فى الفصل السابق، والله أعلم:

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وإن تلف المبيع فى يد المشترى فى مدة

---

(١) فى أ: المتعينين.

الخيار، فلمن له الخيار الفسخ والإمضاء؛ لأن الحاجة التى دعت إلى الخيار باقية بعد تلف المبيع، فإن فسخ وجبت القيمة على المشترى؛ لأنه تعذر رد العين فوجب رد القيمة، وإن أمضى العقد، فإن قلنا: إنه يملك بنفس العقد أو موقوف، فقد هلك من ملكه.

وإن قلنا: يملك بالعقد وانقضاء الخيار، وجب على المشترى قيمته، والله أعلم.

الشرح: قوله: «وجبت قيمته» لو قال: وجب بدله، كان أحسن وأعم؛ ليدخل فيه المثل فيما له مثل.

قال أصحابنا: إذا تلف المبيع فى مدة الخيار فى يد المشترى لم ينقطع الخيار، بل يبقى الخيار فى الفسخ والإمضاء لمن كان له؛ لما ذكره المصنف.

وقال الخراسانيون: إذا تلف فى يد المشترى، فإن قلنا: الملك للبائع انفسخ البيع؛ كالتلف.

وإن قلنا: للمشترى أو موقوف نظر:

إن أتلفه أجنبى بنى على ما لو تلف بآفة سماوية، وفيه خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى

فإن قلنا: ينفسخ العقد هناك فهو كإتلاف الأجنبى المبيع قبل القبض، وسيأتى حكمه إن شاء الله تعالى.

وإن قلنا: لا ينفسخ - وهو الأصح - فكذا هنا، وعلى الأجنبى البدل وهو المثل إن كان مثليا وإلا فالقيمة ويبقى الخيار بحاله، فإن تم البيع فالبدل للمشترى وإلا فللبائع، وإن أتلفه المشترى استقر عليه الثمن، فإن أتلفه فى يد البائع، وجعلنا إتلافه قبضا، فهو كما لو تلف فى يده، وإن أتلفه البائع فى يد المشترى قال المتولى: يبنى على إتلافه كإتلاف الأجنبى؟ أم كالتلف بآفة سماوية؟ وفيه خلاف مشهور فقال القاضى حسين: إن أتلفه البائع فى يد نفسه وقلنا: الملك له - انفسخ العقد له.

وإن قلنا: للمشترى ففى انفساخه قولان، إن قلنا: لا ينفسخ، بطل خيار البائع، وفى خيار المشترى وجهان.

وإن قلنا: لا يبطل ففسخ فذاك، فإن أجاز أخذ من البائع القيمة، ورجع إليه بالثمن[1].

---

(١) فى أ: الثمن.

فرع: قال أصحابنا: إذا تلف المبيع بآفة سماوية فى زمن الخيار: فإن كان قبل القبض انفسخ البيع، وإن كان بعده، وقلنا: الملك للبائع، انفسخ أيضا، فيسترد الثمن ويغرم المشترى للبائع البدل، وهو المثل أو القيمة.

وفى كيفية القيمة الخلاف المشهور فى كيفية غرامة المقبوض بالسوم.

وإن قلنا: الملك للمشترى أو موقوف، فوجهان أو قولان:

أحدهما: ينفسخ أيضا؛ لحصول الهلاك قبل استقرار العقد.

وأصحهما: لا ينفسخ؛ لدخوله فى ضمان المشترى بالقبض، ولا أثر لولاية الفسخ؛ كما فى خيار العيب[1]، فإن قلنا بالانفساخ فعلى المشترى القيمة.

قال إمام الحرمين: وهنا نقطع باعتبار قيمة يوم التلف؛ لأن الملك قبل ذلك للمشترى.

فإن قلنا: بعدم الانفساخ ففى انقطاع الخيار وجهان:

أحدهما: ينقطع؛ كما ينقطع خيار الرد بالعيب بتلف المبيع.

وأصحهما: لا؛ كما لا يمتنع التخالف بثمن المبيع.

ويخالف الرد بالعيب؛ لأن الضرر هناك يندفع بالأرش.

فإن قلنا بالأول، استقر العقد ولزم الثمن.

وإن قلنا بالثانى، فإن تم العقد وجب الثمن وإلا وجبت القيمة على المشترى، ويرد[2] الثمن، وإن تنازعا فى قدر القيمة فالقول قول المشترى بيمينه، وقطعت طائفة من الأصحاب بعدم الانفساخ.

وإن قلنا: الملك للبائع - وهو ظاهر كلام المصنف - قال الإمام: وذكروا تفريعا أنه لو لم ينفسخ حتى انقضى زمن الخيار فعلى البائع رد الثمن، وعلى المشترى القيمة.

قال الإمام: وهذا تخليط ظاهر، والله أعلم.

فرع: لو تلف بعض المبيع فى زمن الخيار بعد أن قبض المشترى بأن اشترى عبدين فقبضهما فتلف أحدهما، ففى الانفساخ فى التالف الخلاف السابق، فإن

---

(١) فى أ: البيع.
(٢) فى أ: استرداد.

انفسخ جاء فى الآخر قولا تفريق الصفقة، وإن لم ينفسخ بقى خياره فى الباقى إن قلنا: يجوز رد أحد العبدين إذا اشتراهما بشرط الخيار، وإلا ففى بقاء الخيار فى الباقى الوجهان، وإذا بقى الخيار فيه ففسخ رده مع قيمة التالف.

فرع: لو قبض المبيع فى زمن الخيار ثم أودعه عند البائع فتلف فى يده، فهو كما لو تلف فى يد المشترى، حتى إذا فرعنا على أن الملك للبائع: ينفسخ البيع ويسترد الثمن ويغرم القيمة، هكذا جزم به الدارمى وآخرون وحكاه إمام الحرمين عن الصيدلانى، ثم أبدى احتمالا لنفسه فى سقوط القيمة؛ لحصول التلف بعد العود إلى يد المالك.

ونقل القاضى حسين عن نص الشافعى أن المشترى يلزمه القيمة.

قال القاضى: وهذا تفريع على أن الملك للمشترى، وقد تلف فى يده؛ لأن يد المستودع يد المودع حكما.

قال: وفيه قول آخر: إنه لا ينفسخ العقد والله أعلم.

فرع: قال أصحابنا: لا يجب على البائع تسليم المبيع، وعلى المشترى تسليمه الثمن فى مدة الخيار، فلو تبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره ولا يجبر الآخر على تسليم ما عنده، وله استرداد المدفوع، هذا هو المذهب.

وفيه وجه ضعيف: أنه ليس له استرداده، وله أخذ ما عند صاحبه بغير رضاه، وممن حكى هذا الوجه الرافعى.

فرع: قال: لو اشترى زوجته بشرط الخيار ثم خاطبها بالطلاق فى زمن الخيار: فإن تم العقد وقلنا: الملك للمشترى أو موقوف، لم يقع الطلاق.

وإن قلنا: للبائع، وقع على أصح الوجهين.

وإن فسخ وقلنا: هو للبائع أو موقوف، وقع.

وإن قلنا: للمشترى، فوجهان.

وليس له الوطء فى زمن الخيار؛ لأنه لا يدرى أيطأ بالملك أو بالزوجية؟ هذا هو الصحيح المنصوص وفيه وجه ضعيف: أن له الوطء.

قال الرويانى: فإن تم البيع فهل يلزمه استبراؤها؟ فيه وجهان بناء على جواز الوطء إن حرمناه، وجب الاستبراء وإلا فلا.

قال: وإن انفسخ البيع، فإن قلنا: الملك للبائع أو موقوف - فالنكاح بحاله.

وإن قلنا: الملك للمشترى، فوجهان: أحدهما: ينفسخ؛ لحصوله[١] فى ملكه.

والثانى: قال: وهو ظاهر مذهب الشافعى رحمه الله: أن النكاح بحاله؛ لأن ملكه غير مستقر.

قال الرويانى: ولو طلقها ثم استبرأها ثم راجعها فى مدة الخيار، فإن تم البيع فالرجعة باطلة، وإن فسخ، فإن قلنا: لا يملك بالعقد، أو قلنا: موقوف - صحت الرجعة.

وإن قلنا: يملك بنفس العقد ففى صحة الرجعة وجهان:

فصل: فى مسائل وفروع تتعلق بباب الخيار فى البيع.

منها: ثبت فى الصحيحين عن ابن عمر - رضى الله عنهما - أن النبى ﷺ قال: «الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ، مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ»[٢].

وَفِى رِوَايَةٍ «إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْبَيْعُ خِيَارًا».

وَفِى رِوَايَةٍ: «أَوْ يُخَيِّرُ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ».

وَفِى رِوَايَةٍ: «أَوْ يَقُولُ لِصَاحِبِهِ اخْتَرْ».

وَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ مِنْ أَصْحَابِنَا وَغَيْرِهِمْ فِى مَعْنَى قَوْلِهِ ﷺ: «إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ» على ثلاثة أقوال جمعها القاضى حسين فى تعليقه والرويانى وآخرون من أصحابنا:

أصحها: المراد: التخيير بعد تمام العقد، وقبل مفارقة المجلس، وتقديره: لهما الخيار ما لم يتفرقا إلا أن يتخايرا فى المجلس، فيلزمه البيع بنفس التخاير، ولا يدوم إلى المفارقة.

والثانى: معناه: إلا بيعا شرط فيه خيار الشرط ثلاثة أيام أو دونها، فلا ينقضى الخيار فيه بالمفارقة بل يبقى حتى تنقضى المدة المشروطة.

والثالث: معناه: إلا بيعا شرط فيه أن لا خيار لهما فى المجلس، فيلزمه البيع بمجرد العقد، ولا يكون فيه خيار.

وهذا على الوجه الضعيف السابق لأصحابنا فيما إذا تبايعا على أن لا خيار، وقلنا: يصح البيع ولا خيار، فهذا ينفسخ على الأقوال المذكورة فى تفسيره.

واتفق أصحابنا على ترجيح القول الأول، وهو المنصوص للشافعى ونقلوه عنه،

---

(١) فى أ: لحصولها.

(٢) تقدم.

وأبطل كثير من أصحابنا ما سواه، وغلطوا قائله، وممن رجحه من المحدثين البيهقى فقال: الروايتان الأخيرتان من الروايات التى ذكرتها تدل على أن المراد بالقول[1] الأول الأولى ثم بسط دلائله وضعف ما يعارضها ثم قال: «وذهب كثيرون من أهل العلم إلى تضعيف الأثر المنقول عن عمر - رضى الله عنه -: «البيع صفقة أو الخيار»[2] وأن البيع لا يجوز فيه شرط قطع الخيار، وأن المراد ببيع الخيار التخيير بعد البيع، أو بيع شرط فيه خيار ثلاثة أيام، فلا ينقطع خيارهما بالتفرق».

ثم قال: والصحيح: أن المراد التخيير بعد البيع؛ لأن نافعا ربما عبر عنه ببيع الخيار وربما فسره، قال: والذى يبين هذا رواية أبى داود عن نافع عن ابن عمر قال: «قال رسول الله ﷺ: «الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَتَفَرَّقَا أَوْ يَكُونَ بَيْعَ خِيَارٍ، قَالَ: وَرُبَّمَا قَالَ نَافِعٌ أَوْ يَقُولُ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ: اخْتَرْ» [3] رواه مسلم فى صحيحه. هذا كلام البيهقى.

وممن قال بالقول الأول أيضا من المحدثين الترمذى، فقال فى جامعه المشهور: معناه: إلا أن يخير البائع المشترى بعد إيجاب البيع، فإذا أحضره فاختار البيع وليس لهما خيار بعد ذلك فى فسخ البيع، وإن لم يتفرقا، قال: هكذا فسره الشافعى وغيره، وهكذا نقل الشيخ أبو حامد والأصحاب هذا التفسير عن الشافعى، وجزم به كثيرون ومن ذكر منهم خلافا صححه.

ونقل ابن المنذر فى الإشراف هذا التفسير عن سفيان الثورى والأوزاعى وسفيان ابن عيينة وعبيد الله بن الحسن العنبرى والشافعى وإسحاق بن راهويه، والله أعلم.

فرع: قال المزنى فى المختصر: قال الشافعى: وكل متبايعين فى سلعة وعين وصرف وغيره فلكل واحد منهما الخيار حتى يتفرقا تفرق الأبدان إلى آخره.

قال القاضى حسين والرويانى وغيرهما: غلط المزنى فى قوله: سلعة وعين، فإنهما شىء واحد، وإنما قال الشافعى: فى سلف بالفاء أو عين وأراد بالسلف السلم.

وأما قوله: «تفرق الأبدان» فاحتراز من تأويل أبى حنيفة فإنه يقول: المراد

---

(١) فى أ: القول.
(٢) فى أ: خيار.
(٣) تقدم.

بالحديث: حتى يتفرقا بالقول، وهو تمام عقد البيع، والله سبحانه أعلم.

فرع: قال الشافعى فى مختصر المزنى: ولا بأس بنقد الثمن فى بيع الخيار.

قال أصحابنا: أراد بنقد الثمن تسليمه إلى البائع.

قال أصحابنا: فلا يكره تسليم الثمن فى مدة الخيار إلى البائع، وتسليمه المبيع إلى المشترى فى مدة الخيار.

هذا مذهبنا وبه قال أبو حنيفة.

وقال مالك: يكره تسليم الثمن فى مدة الخيار، وإنما يسلم بعدها، قال: لأن قبضه تصرف، ولا يجوز التصرف فيه قبل انقضاء الخيار.

ولأنه يصير بيعا وسلفا، فإنه إذا سلم إليه الثمن ثم فسخا البيع استرجع الثمن منه، فيصير كأنه أقرضه[1] الثمن واسترجعه منه قبل التصرف، وقد نهى عن بيع وسلف.

واحتج أصحابنا بأن القبض حكم من أحكام العقد، فكان فى مدة الخيار كالفسخ والإمضاء.

ولأنه لا ضرر فى قبضه فى مدة الخيار، وما لا ضرر فيه لا يمنع منه؛ لأن امتناع التسليم قبل انقضاء الخيار لحق المتعاقدين، فإذا تراضيا عليه جاز كالإقالة وغيره.

وأما قوله: القبض تصرف فلا يسلمه أصحابنا، وكذا لا يسلمون أن هذا بيع وسلف، ولا يؤدى إليه ولا ما فى معناه، والله أعلم.

قال أصحابنا: وإذا سلم المشترى الثمن إلى البائع فى مدة الخيار أو سلم البائع المبيع إلى المشترى، لا يسقط خيارهما بلا خلاف عندنا.

ونقل القاضى حسين عن مالك إسقاط الخيار؛ لأنه يتضمن الرضى.

واحتج أصحابنا بأن مقصوده بالتسليم الخلاص من عهدة ضمانه.

قال القاضى حسين: وهل له بعد ذلك أن ينزعه من يد صاحبه عند استيفاء العوض الآخر؟ فيه وجهان:

أحدهما: له؛ لأن هذا التسليم لا يسقط الخيار فلا يسقط حق الحبس.

والثانى: ليس له؛ لتضمنه إسقاط حق الحبس.

فرع: إذا ألحقنا بالحبس فى مدة خيار المجلس أو خيار الشرط زيادة فى الثمن أو

---

(١) فى أ: اقترضه.

نقصا أو زيادة خيار أو أجازا وشرطا نقدا أو نحو ذلك، فهل يلحق؟ فيه ثلاثة أوجه سنذكرها بفروعها مبسوطة إن شاء الله تعالى فى باب ما يفسد البيع من الشرط[١]:

أصحها: أنه كالمقارن للعقد.

والثانى: أنه لغو.

والثالث: إن كان فى خيار المجلس فكالمقارن وإن كان فى خيار الشرط فلغو والله أعلم.

فرع: قال صاحب البحر: إذا تقابضا الثمن والمثمن فى مدة الخيار ثم تفاسخا، لزمهما ترداد العوضين، وليس لواحد منهما حبس ما فى يده بعد طلب صاحبه، فليس له إذا طلب صاحبه أن يقول: لا أرد حتى ترد أنت، بل إذا بدأ أحدهما بالمطالبة لزم الآخر الدفع إليه، ثم يرد ما كان فى يده قال: بخلاف ما لو قال البائع: لا أسلم المبيع حتى يسلم[٢] الثمن، وقال المشترى: لا أسلم الثمن حتى يسلم المبيع، فإن كل واحد حبس ما فى يده حتى يدفع صاحبه على الخلاف المشهور فيه.

والفرق: أن الفسخ هنا رفع حكم العقد وبقى التسليم بحكم اليد دون العقد، واليد توجب الرد، وهناك التسليم بالعقد والعقد يوجب التسليم من الجانبين.

فرع: فى مذاهب العلماء فى شرط الخيار، وهو جائز بالإجماع واختلفوا فى ضبطه. فمذهبنا: أنه يجوز ثلاثة أيام فما دونها ولا يجوز أكثر، وبه قال أبو حنيفة وعبد الله بن شبرمة وزفر والأوزاعى فى رواية عنه[٣].

---

(١) فى أ: الشروط.

(٢) فى أ: تسلم.

(٣) وجماهير العلماء، وأعيان الفقهاء قائلون بمشروعية خيار الشرط وجوازه فى الجملة، ولم نقف على مخالف لهم فى هذا إلا ابن حزم وحده. وأما الثورى، وعبدالله بن شبرمة فادعى ابن رشد أنهما مثل ابن حزم. ولكن النقل عنهما مضطرب فبينا نرى ابن حزم يقول فى موضع (وقال ابن شبرمة، وسفيان الثورى: لا يجوز البيع إذا شرط فيه الخيار للبائع أو لهما. وقال سفيان البيع فاسد بذلك فإن شرط الخيار للمشترى عشرة أيام أو أكثر جاز) نراه يقول فى موضع آخر (وتفريق سفيان وابن شبرمة من كون الخيار للبائع أو لهما فلم يجيزاه، وبين أن يكون للمشترى وحده فأجازة سفيان لا معنى له) فالنص الأول دال على عدم مشروعية خيار الشرط للبائع وحده أو مع المشترى وأما المشترى وحده ففيه احتمالان.
الاحتمال الأول: أنهما متفقان على جوازه له؛ وإن اختلفا من حيث المدة التى تضرب =

. . . .

= له.

والاحتمال الثانى: أن يكون سفيان هو القائل بالجواز وحده بدليل إفراده بالذكر آخرا.

والنص الثانى وإن احتمل هذين التأويلين إلا أنه فى الثانى أظهر بخلاف النص الأول فهو فى الأول منهما أظهر فهذا نصان متعاكسان فى حد ذاتهما، وإن كانا من حيث السياق لا يحتملان إلا المعنى الأول وإلا لما جعلهما ابن حزم من جملة أخصامه.

ويقول المصنف رحمه الله: (فرع فى مذهبنا العلماء فى شرط الخيار وهو جائز بالإجماع، واختلفوا فى ضبطه فمذهبنا أنه يجوز ثلاثة أيام فما دونها وبه قال أبو حنيفة، وعبدالله بن شبرمة) وهذا النقل يؤخذ منه أن ابن شبرمة موافق للجمهور.

وإذن فقد ظهر اضطراب النقل عن هذين الإمامين فلم يجز لدينا أن نقرنهما مع ابن حزم ونجعلهم جميعا على رأى واحد.

الأدلة:

يمكن تلخيص المهم من أدلة ابن حزم من عرض كلامه الذى صال فيه على الفقهاء جميعا بلسان لاذع، وطعن جارح فيما يأتى:

الدليل الأول: البيع مع اشتراط الخيار باطل لبطلان هذا الشرط لأنه ليس فى كتاب الله، ولا فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم. وكل شرط شأنه كذلك فهو باطل بنص قوله عليه الصلاة والسلام «ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله، من اشترط شرطا ليس فى كتاب الله فهو باطل وإن اشترطه مائة مرة، وإن كان مائة شرط كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل كتاب الله أحق. وشرط الله أوثق) والحديث وإن لم يتعرض إلا لكتاب الله إلا أن سنة رسوله مثله لأن الله أمر بطاعته فى كتابه فمن أطاعه فكأنما أطاع الله.

ويلاحظ هنا أن ابن حزم ينكر أشد إنكار الأدلة التى ساقها الجمهور تأييدا لمشروعية اشتراط الخيار.

الدليل الثانى: ما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا يفترق بيعان إلا عن تراض» وهذا حديث مرسل كما يعترف ابن حزم نفسه، ولكنه يقول إن القوم يفتخرون باتباع المرسل والاحتجاج به ومع ذلك فقد خالفوا هذا الحديث لأن اشتراط الخيار لا يكون معه الرضا بالبيع، وكل من قال بجواز اشتراطه جوز للعاقد أن يفارق صاحبه مع بقاء الخيار فيكون الافتراق لا عن تراض.

الدليل الثالث: يزعم ابن حزم أنه لا يكون هناك بيع إلا ويعقبه انتقال ملك ولابد. فيقال لهؤلاء القوم: هل ينتقل الملك فى زمن الخيار أم لا ينتقل؟ فإن قالوا. لا. فهو عين قولنا. إن هذا البيع غير صحيح. لأنه لا معنى لصحته إلا استتباع آثاره. وإن قالوا: نعم. فلم الخيار وقد تم البيع، وانتقل الملك؟ وإن قالوا: ينعقد فى حق من ليس له الخيار ولا ينعقد فى حق من له الخيار. قيل لهم هذا تخليط لأنه لا يكون هناك بيع إلا وهناك بائع ومبتاع وقد اقتصرتم على أحدهما.

الدليل الرابع: قياس البيع على النكاح بجامع أن كلا منهما عقد معاوضة لازم. والنكاح لا يجوز فيه اشتراط الخيار، وهذا أمر مجمع عليه فكذلك يجب أن يكون البيع. وهذا دليل يورده ابن حزم على الجمهور إلزاما لأنه غير قائل بالقياس. =

. . . .

= هذا هو أهم ما يؤخذ من أدلة ابن حزم على إبطاله البيع الذى اشترط فيه الخيار. وله غير هذه الأدلة، أثرنا تركه إما لوضوح بطلانه. وإما لأنه يؤخذ عليه لا له.

وهناك أدلة غير هذه أيضا تذكرها كتب الخلاف ثابتة لها إلى من قال بعدم جواز اشتراط الخيار فى البيع نذكرها تتميما للبحث، وإيفاء لحقه. نلخصها فيما يلى:-

أولاً: البيع مع اشتراط الخيار غرر. وقد نهى الرسول عليه الصلاة والسلام عن بيع الغرر. أما وجه الغرر فيه فلأنه لا يدرى أيتم البيع أم ينقض؟ ولا متى يتم؟ وهذه جهالة فاحشة لا تحتملها عقود المعاوضات المالية. ولأن البيع مع اشتراط الخيار فى قوة المعلق كأنه قال: بعتك هذا الشيء إن اخترت إمضاء البيع، وتعليق البيع يبطله لأنه لا يدرى متى ينعقد؟ ولا أينعقد أم لا؟ وهذه مخاطرة بالأموال تشبه القمار.

ثانياً: شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد. لأن مقتضاه اللزوم، وشرط الخيار يجعله غير لازم. وكل شرط يخالف مقتضى العقد فهو باطل!

هذه هى أدلة المانعين لاشتراط الخيار فى البيع عرضنا لها عرضا موجزا سريعا. فأما أدلة المجوزين، وهم جماهير العلماء فإنهم استدلوا بأدلة من السنة والمعقول.

أما أدلتهم من السنة: فتنحصر فى أربعة أحاديث:-

الحديث الأول: ما رواه عبدالرزاق فى مصنفه من حديث أبان بن أبى عياش عن أنس رضى الله عنه «أن رجلاً اشترى من رجل بعيرا واشترط عليه الخيار أربعة أيام فأبطل رسول الله ﷺ البيع وقال: الخيار ثلاثة أيام» وهذا حديث صريح فى جواز اشتراط الخيار فى البيع وأنه إلى ثلاثة أيام.

الحديث الثانى: ما روى عن ابن عمر رضى الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «الخيار ثلاثة أيام» أخرجه الدار قطنى فى سننه من طريق أحمد بن عبدالله بن ميسرة.

الحديث الثالث: ما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال «المتبايعان بالخيار كل واحد منهما على صاحبه ما لم يفترقا إلا بيع الخيار» حديث صحيح. ووجه الاستدلال به على المطلوب هو أن الرسول عليه الصلاة والسلام استثنى من لزوم البيع فى حال الافتراق البيع الذى عقد على الخيار وهذا هو البيع مع اشتراط الخيار.

الحديث الرابع: وهو أعظم ما عول عليه القوم فى هذا المقام فما روى أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصارى كان يغبن فى البياعات فقال له النبى ﷺ «إذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام» روى هذا الحديث بهذا اللفظ فى كتب كثير من الحنفية كفتح القدير، والزيلعى، والمبسوط. وهذه الرواية أصرح روايات هذا الحديث الذى روى بألفاظ كثيرة من حيث يريد الفقهاء أن يستدلوا بها على مشروعية خيار الشرط ولذا آثرنا ذكرها دون غيرها. وجه الإستدلال بهذا الحديث على المطلوب هو أمره عليه الصلاة والسلام لحبان أن يشترط الخيار لنفسه ليدفع عنها الغبن الذى يلحقه من جراء انخداعه فى البياعات إذا ما تبين له ذلك فيما بعد بفسخه البيع، واسترداده الثمن إن كان قد دفعه.

وأما المعقول: فهو أن الحاجة قد تدعو إلى هذا النوع من البيوع أعنى البيع مع شرط الخيار. إما لأن العاقد غير خبير بالسوق أو بالسلعة فيحتاج إلى شرط الخيار لنفسه أو لغيره ممن يرى فيه الكفاءة ويثق فى ذمته ونصحه ليدفع عن نفسه مع مغبة الغبن. وإما لأنه يريد أن =

....

= يختبر المبيع حتى يرى ما إذا كان يحقق الغرض الذى ابتاعه من أجله؟ وإما لأنه يريد أن يعرضه على صديق له، أو قريب يهمه أن يكون راضيا عن السلعة. وهكذا من الأغراض الوجيهة التى لا يمكن للعاقد أن يقطع برأى حاسم فيها حين العقد، ويحتاج أن يتروى فيها ويتثبت غاية التثبت حتى يكون الرضا قائما على أساس قوى وركن متين من العلم الصحيح فيشترط الخيار حتى إذا لم يعجبه فسخ البيع وتخلص من لزومه له.

وفى مثل هذا يقول صاحب المبسوط (إذا كان بعض العقود يجوز للحاجة كالإجارة فجواز خيار الشرط أولى)، ولعل وجه قول صاحب المبسوط هذا هو أن الإجارة كالبيع بل هى فى حقيقة الأمر نوع منه لأنها بيع المنفعة وإن اختصت بأحكام خاصة والمبيع فى البيع يشترط فيه أن يكون مقدور التسليم. والمنفعة فى الإجارة ليست كذلك لأنها معدومة فى الحال فهى غير مقدورة التسليم، وحتى هى فى المستقبل لا توجد إلا شيئا فشيئا ولكنها مع هذا جوزت للحاجة الداعية إليها لأنه ليس كل واحد قادرا على تملك العين فلو لم تجز لتعطلت منافع الناس وشق عليهم هذا الأمر. فإذا كان بعض العقود التى هى الأصل يجوز للحاجة فأولى أن يجوز شرط الخيار للحاجة لأنه وصف للعقد يمنع من لزومه والوصف كالفرع. وإنه يتسامح فى الفروع ما لا يتسامح فى الأصول.

هذا وقد أغرب بعض العلماء على ما لهم من تجلة واحترام فقال بأن شرط الخيار أمر مجمع على جوازه حتى جعله المصنف أقوى ما يستدل به فى هذا المقام.

مناقشة الأدلة

أولاً أدلة المانعين: يرد على ابن حزم من حيث الدليل الأول القائل. شرط الخيار شرط ليس فى كتاب الله وكل شرط كذلك فهو باطل بأن المراد ليس فى كتاب الله ما يخالفه بدليل قوله فيما بعد (قضاء الله أحق وشرط الله أوثق) فإن أبيت ذلك، وحملت الكلام على ظاهره فلا تسلم لك أن هذا الشرط ليس فى كتاب الله كيف وهو فى سنة رسول الله ﷺ وسنة رسوله ككتابه باعترافك أنت؟ فإن زعمت أنها لا تثبت مشروعية خيار الشرط لضعف بعضها، ولعدم دلالة البعض الآخر قلنا لك إذن فقد انتقل النزاع بيننا، وبينك إلى الأحاديث هل تدل أو لا تدل؟ فإن رأيت أنت أنها لا تدل فنحن نرى أنها تدل. فدع هذا الدليل بمعزل وخض معنا فى هذه الأحاديث. سلمنا لك أن هذه الأحاديث لا تدل على مشروعية خيار الشرط فماذا تريد بقولك شرط الخيار شرط ليس فى كتاب الله؟ أتعنى ليس فيه بخصوصه أم ليس فيه بعمومه؟ إن عنيت الأول قلنا لك نعم فكان ماذا؟ أتزعم وكل شرط ليس فى كتاب الله بخصوصه فهو باطل: فمن أين لك هذا؟ والحديث نفسه لا يدل على ما ذكرت فهذه دعوى عريضة تحتاج إلى البرهان ولن تجد إليه سبيلا وإن عنيت الثانى. قلنا لك. لا. لأنه فى كتاب الله بهذا المعنى يقول الله تعالى ﴿يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ والبيع مع اشتراط الخيار عقد يجب الوفاء به، ولكن فى حدود الشرط أى أنه يجب على من لا خيار له من العاقدين أن يوفر على العاقد الآخر حقه الذى اكتسبه بشرط الخيار لأن هذا الشرط يعتبر كذلك عقدا إذ لابد فيه من تراضى الطرفين عليه كالعقود. ويقول الرسول ﷺ «المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا وشرط الخيار لم يحل حراما، ولم يحرم حلالا فيكون واجب =

....

= الوفاء ولا يكون كذلك إلا إذا كان صحيحا معتبرا شرعاً.

ومن حيث الدليل الثانى «لا يفترق بيعان إلا عن تراض» قولك فيه النهى عن بقاء الخيار بعد التفرق مسلم، والمراد به خيار المجلس فإن زعمت أن الحديث عام قلنا هو مخصوص بأحاديث خيار الشرط جميعا بين الأدلة.

ومن حيث الدليل الثالث القائل لا يكون بيع إلا ويكون معه نقل ملك ولابد إلخ. نقول له. نختار أن الملك لا ينتقل ولا يلزمه غدم صحة البيع كما تزعم، بل يكون العقد صحيحا ويتأخر الملك لوجود المانع، وهو خيار الشرط ومن المعلوم أن المانع لا يبطل المقتضى ولا يسلبه سببيته بدليل أنه إذا زال عمل المقتضى عمله. أو نختار أنه ينتقل وقولك لا فائدة إذن من الخيار غير صحيح. بل هنا الفائدة محققة لأن الملك وإن انتقل به عندنا فإنه ينتقل لا على سبيل اللزوم بل على الجواز. فتكون فائدة الخيار حينئذ هى جواز فسخ البيع إن لم يوافق رغبة العاقد، وهى فائدة جليلة. والذى لبس الأمر عليك ظنك أن الملك إذا انتقل على اللزوم وفى هذا ننازعك.

ومن حيث الدليل الرابع : قياس البيع على النكاح فهو قياس مع الفارق من جملة وجوه.

١- النكاح لا يحتمل الإقالة بخلاف البيع.

٢- لا يقدم المرء على النكاح فى الغالب إلا بعد استشارة ومعرفة بمن ستعاشره بخلاف البيع.

٣- النكاح مبناه على المكارمة، وأما البيع فمبناه على المكايسة.

٤- ثبوت الخيار فى النكاح يجعل المرأة أو الرجل بمنزلة السلعة التى هى محل للأخذ والرد، وتبادل الأيدى، وهذا يحط من كرامة الإنسان وشرفه وكل فارق من هذه الفروق يكفى لدفع قياس البيع على النكاح فما بالك لو اجتمعت كلها وتضافرت جميعها.

هذا ما يرد على أدلة ابن حزم ويرد على أدلة كتب الخلاف التى تنسبها للمانعين أيضاً.

ومن حيث الدليل الأول القائل بأن البيع مع شرط الخيار فيه غرر، وقد نهى عن بيع الغرر، بأن الذى نهى عن بيع الغرر هو الذى أجاز البيع مع شرط الخيار فلو فرض فيه غرر لكان غير داخل فى النهى عن بيع الغرر بل مستثنى منه جمعا بين الأدلة على أن الغرر الذى فيه ليس إلا من جهة عدم العلم بإمضاء العقد أو فسخه، وهذا غرر يسير لا يوجب نزاعا أو ضررا، لأنه مضروب له مدة معلومة بتراضيهما فكل واحد منهما يبنى أمره على أسوأ الفروض. على أن خيار المجلس فيه نفس هذا الغرر، ومع هذا فلم يمنع من صحة البيع.

وليس عقد البيع فى خيار الشرط معلقا وإنما المعلق هو الحكم بتأخيره إلى أن يجيز العاقد وهذا هو نفس مقتضى اللفظ لأن قول البائع أو المشترى بعت أو اشتريت على أنى بالخيار إنما هو لتعليق ما بعد على ما قبلها كقولك آتيك على أن تأتينى المعلق إتيان المخاطب على إتيان المتكلم وهذا بخلاف آتيك إن أتيتنى فإنه بالعكس فبطل قياس الأول على الثانى. وحيث صار التعليق فى الحكم أصبح الغرر فيه من جهة عدم العلم بإمضاء العقد أو فسخه وقد سبق دفعه. =

....

= ومن حيث الدليل الثانى القائل مقتضى البيع اللزوم وشرط الخيار مخالف له. بأن النص قد ورد بجواز اشتراط الخيار فى البيع، وهو مقدم على المقتضى بالضرورة. ولنا أن نقول: إن زعمتم أيها المانعون أن اللزوم مقتضى عقد البيع مطلقا منعنا ذلك، وقلنا هذا محل النزاع بيننا وبينكم؛ وإن زعمتم أنه مقتضاه إذا لم يقيد بشرط الخيار فكذا إذا قيد به منعنا هذا القياس لأن اللزوم كان مقتضى العقد عند عدم التقييد بالشرط لدلالة العقد حينئذ على تمام الرضا وهذا بخلاف العقد مع التقييد بشرط الخيار لا يدل على تمام الرضا. وعلى هذا فيكون العقد الدال على تمام الرضا هو المقتضى للزوم وهو غير موجود فى العقد مع اشتراط الخيار.

ثانياً: أدلة المجوزين: والآن وقد فرغنا من مناقشة أدلة المانعين لخيار الشرط فلنأخذ فى مناقشة أدلة المجوزين له وهم جماهير العلماء كما سبقت الإشارة إليه فيرد عليهم من حيث الحديث الأول والثانى بأنهما ضعيفان لا ينهضان حجة على المطلوب فالأول منهما من رواية أبان بن أبى عياش وهو مجمع على عدم الاحتجاج بحديثه، والثانى منهما فى طريقه أحمد بن عبدالله بن ميسرة وقد ضعفه الدار قطنى وقال ابن حبان: لا يحل الاحتجاج به. ولذا فأغلب العلماء على عدم الاعتداد بهما فى أدلة خيار الشرط.

ومن حيث الحديث الثالث (المتبايعان بالخيار كل واحد منهما على صاحبه ما لم يفترقا إلا بيع الخيار) فهو إنما يدل للجمهور، ولو كان قوله ﷺ «إلا بيع الخيار» مستثنى من لزوم البيع فى حال التفرق كما ذهب إلى هذا فريق منهم. أما إذا كان مستثنى من ثبوت الخيار للمتبايعين مدة عدم افتراقهما عن مجلس العقد فهو بعيد كل البعد عن الاحتجاج به لهذا المذهب. إذن يكون معنى الحديث على هذا أن الخيار الثابت بالعقد ينتهى بأحد الشيئين إما بالتفرق عن مجلس البيع وإما باختيار البيع فى أثناء قيام المجلس المذكور. والحديث كما يحتمل الوجه الذى ذكروه يحتمل هذا الوجه أيضاً، وكان يكفينا هذا فى عدم صلاحية الحديث للاحتجاج به على مشروعية خيار الشرط. فكيف، والتأويل الذى ذكرناه هو الموافق لأحاديث أخرى فى معناه نذكر منها هذا الحديث «المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختره، وربما قال: أو يكون بيع الخيار» فقد بينت هذه الرواية أن المراد بقوله بيع الخيار هو أن يقول أحدهما لصاحبه اختر لاسيما، وجميع روايات هذا الحديث الصحيحة قد وردت من طريق ابن عمر رضى الله عنه.

ومن حيث الحديث الرابع: وهو قوله عليه الصلاة والسلام لحبان بن منقذ «إذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام» فقد ورد هذا الحديث بروايات كثيرة كما سبقت الإشارة إلى ذلك نكتفى منها بذكر أربع روايات تجمع شتيتها.

١- عن ابن عمر رضى الله عنه قال: ذكر رجل لرسول الله ﷺ أنه يخدع فى البيوع فقال: «من بايعت فقل لا خلابة» متفق عليه.

٢- وعنه أيضاً أن منقذا سفع فى رأسه فى الجاهلية مأمومة فخبلت لسانه فكان إذا بايع يخدع فى البيع. فقال له رسول الله ﷺ «بايع وقل لا خلابة ثم أنت بالخيار ثلاثاً» رواه الحميدى فى مسنده من طريق سفيان عن محمد بن إسحاق عن نافع.

=

. . . .

= ٣- ما روى أن رسول الله ﷺ قال لحبان ابن منقذ أو لأبيه منقذ بن عمرو الأنصارى على اختلاف فى ذلك «إذا بايعت فقل لا خلابة ولك الخيار ثلاثا».

٤- ما روى أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصارى رضى الله عنه كان يغبن فى البياعات فقال له النبى ﷺ «إذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام» وهى الرواية التى اقتصرنا عليها فيما مضى.

أما الروايتان الأولى، والثانية فثابتتان فى كتب الحديث وأما الثالثة فتوجد فى بعض كتب المالكية كالمقدمات لابن رشد، والبداية لابن رشد الحفيد، وأما الرابعة فتوجد فى كتب الحنفية التى سبق أن ذكرنا.

أما الرواية الأولى من الروايات الأربع، وهى أصح روايات هذا الحديث فليس فيها ذكر للخيار ولا لمدته صراحة ولكن يفهم منها بطريق الفحوى، والسياق ثبوت الخيار لدفع الغبن عند اشتراط عدم الخلابة فى البيع، وإلا لم يكن لهذا الشرط فائدة. وهى لهذا بعيدة كل البعد عن أن يحتج بها لثبوت خيار الشرط فى البيع الذى لا سبب له غير الشرط. ولهذا يقول الكمال فى فتح القدير والعجب من قال: الأصل فى جواز شرط الخيار. ثم ذكر هذا الحديث ثم قال: وهو لا يمس المطلوب.

وأما الرواية الثانية فهى وإن ذكر فيها الخيار ومدته فقد ذكر إلا على سبيل الشرط وإنما لبيان مدة الخيار الذى استفيد من قوله عليه الصلاة والسلام «إذا بايعت فقل لا خلابة» فتكون مدة هذا الخيار خيار الغبن مقدرة شرعا بثلاثة أيام وبهذا تكون هذه الرواية بمنأى عن إثبات شرط الخيار كالأولى لأنها بيان لها.

وأما الرواية الثالثة فيحتمل أن يكون - ولك الخيار ثلاثا - جملة مستأنفة ذكرت لبيان مدة خيار الغبن شرعا فتكون كالرواية الثانية من حيث المعنى، وهذا هو المتبادر ويحتمل أن يكون عطفا على (لا خلابة) فيكون مأمورا بهذين القولين أعنى أنه يجب عليه - ليكون له حق فسخ البيع - أن يشترط عدم الخلابة وأنه بالخيار ثلاثة أيام - وهذه الرواية تدل على المطلوب من هذا الوجه بتعسف.

ولكن لما كان التأويل الأول هو الموافق للرواية الثانية الصريحة فيه وجب أن يكون هو المتعين. لاسيما والحديث بجميع رواياته قيل فى واقعة واحدة.

وأما الرواية الرابعة فصريحة فى اشتراط الخيار ومدته ولكن هذه الرواية لم تذكر فى كتب الحديث، ولذلك يقول الشوكانى (قال ابن الصلاح: وأما رواية الاشتراط فمنكرة لا أصل لها) وبمثل هذا قال النووى هنا ناسبا هذه الرواية إلى الوسيط وبعض كتب الفقه وإذا ظهر أمر هذه الرواية من الضعف والتهافت أصبحنا فى حل من إهدارها وعدم التعويل عليها. ثم هى على فرض التسليم بصحتها جدلا لا تدل على جواز شرط الخيار فى البيع إلا إذا تقدمه شرط عدم الخلابة أيضا لأنه مأمور بالقولين معا. وبناء عليه. إذا ظهر له غبن رد وإلا فلا. مع أن شرط الخيار الذى قال بجوازه الجمهور لا يشترط فيه تقدم شرط عدم الخلابة. وله مع ذلك الرد ولو لم يكن هناك غبن نعم قد يمكن أن يقال: إن شرط عدم الخلابة إنما هو تصريح بحكمة مشروعية اشتراط الخيار. ومن المعلوم المقرر أن الحكمة لا يلزم طردها فى جميع أفراد موضوعها، وإذن فيصح شرط الخيار بدون لا خلابة مثلا. وله أن يرد المبيع ولو لم =

وقال ابن أبى ليلى والحسن بن صالح وعبيد الله بن الحسن العنبرى وأحمد ابن حنبل وإسحق بن راهويه وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد وابن المنذر وداود وفقهاء المحدثين: يجوز [الزيادة على ثلاثة أيام ما شاء ولا توقيت.

وقال مالك: يختلف ذلك باختلاف المبيع فيجوز][1] فى كل شىء بقدر الحاجة

= يكن هناك غبن لما بينا أن الحكمة لا يلزم طردها ولكن مثل هذا اعتساف للكلام، وخروج به عن مواضعه فضلا عن أنه مبنى على رواية ضعيفة لا أصل لها.

ولكن من أين أخذ الفقهاء هذه الرواية، وأمرها ما ذكرنا، لعلهم أخذوها من الرواية الثالثة من الروايات الأربع التى ذكرنا مؤولين لها التأويل الثانى الذى شرحناه إذ هو موافق لهذه الرواية فى المعنى.

هذا وأما الكلام على سند هذا الحديث بجميع رواياته التى صرح فيها بالخيار ومدته، وأنه من رواية رجل مدلس. أو أن هذا الحديث خاص بذلك الرجل الذى قيل فى شأنه فنرى أن له موضعا هو به أليق، وهو خيار الغبن وسنتكلم عنه فى موضع آخر إن شاء الله تعالى.

وأما المعقول: هذا ما يرد على الجمهور من حيث الأحاديث التى أيدوا بها مذهبهم وأما المعقول الذى ذكروه لتبرير جواز شرط الخيار وهو أن الحاجة قد تدعو إليه كما سبق بيانه فيكفى فى دفعه أنه شرط يخالف مقتضى العقد كما يدعون وما هذا شأنه يجب رده لا اعتباره. وقياسه على الإجارة لا يصح لأنه قد ورد النص بجوازها. فإن قيل وقد ورد النص بجواز شرط الخيار. قلنا أين هو وقد رأيتم مبلغ ما ذكرتم؟

على أن هذا يطرح المعقول جانبا، ويجعل الكلام دائراً حول النصوص فحسب!!!

اختيارنا: والآن وقد فرغنا من أدلة المانعين والمحيزين لاشتراط الخيار بعد مناقشتها الحساب، وبيان أنها لا تدل لكل فريق على ما ادّعاه فما هو الرأى الذى ندين لله عليه ونختاره لنا مذهبا.

الرأى هو ما ذهب إليه الجمهور من جواز شرط الخيار فى البيع لقوله ﷺ «المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا» وشرط الخيار فى البيع لم يحل حراما، ولم يحرم حلالا فيكون جائزا وواجب الوفاء بمقتضى عموم الشرط فى هذا الحديث وهو حديث روى بطرق متعددة بعضها جيد، وبعضها ضعيف وهذه الطرق متظاهرة متساندة تجعل للحديث أصلا وترفعه إلى مرتبة الحجية. وكل ما يمكن أن يخصص عموم الشرط فى هذا الحديث ويجعله غير شامل لشرط الخيار من كونه مخالفا لمقتضى العقد أو يورث غررا فى البيع أو لعدم ورود النص به أو غير ذلك من الأدلة السابقة فقد أوسعناها مناقشة خرت من أجلها صريعة لليدين وللفم بقى حديث نهى النبى ﷺ عن بيع وشرط إلا أنه حديث ضعيف، وغير محفوظ، والمحفوظ إنما هو النهى عن بيع وشرطين، وبيع وسلف، وليس شرط الخيار فى البيع من مشمولاتهما.

هذا فضلا عن أن الله تعالى يقول ﴿وأحل الله البيع﴾ فكل بيع حلال بموجب هذا العموم حتى يقوم الدليل على خلافه. والله تعالى أعلم. قاله شيخنا العلامة عبد الرحمن مندور.

(١) سقط فى ط.

فيه، فيجوز فى الثوب ونحوه اليوم واليومان، وفى الجارية ونحوها ستة أيام وسبعة، وفى الدار نحو الشهر.

فرع: فى مذاهبهم إذا تبايعا بشرط الخيار غير مؤقت:

مذهبنا: بطلان البيع؛ [لأن فيه غررا][(١)] وبه قال الثورى وأبو حنيفة وأصحابه وقال أحمد وإسحاق: البيع صحيح، [وأن الخيار باطل][(٢)].

وقال الأوزاعى وابن أبى ليلى: البيع صحيح والشرط باطل؛ لقوله ﷺ: «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِى كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ» قالا: وهذا ظاهر فى إبطال الشرط وصحة البيع.

وقال مالك: البيع صحيح ويثبت لهما الخيار مدة تليق بذلك البيع[(٣)] والله أعلم.

---

(١) فى أ: لأنه غرر.

(٢) فى أ: وله الخيار أبدا.

(٣) الذين ذهبوا إلى جواز شرط الخيار فى البيع اختلفوا فى مدته على معنى كم يجوز للمتبايعين أو لأحدهما من الوقت أن يشرط لنفسه فى خيار الشرط؟

قال جماعة من العلماء منهم الحسن بن حُيَىّ: إن هذا الخيار لا يتقدر بمدة فلو شرط الخيار، ولم يذكر مدة أو شرطه أبدا صح البيع والشرط، وكان له أن يفسخ البيع أى وقت شاء ما لم يتصرف فيه تصرفا، وإلا على الرضا بالبيع فإن تصرف تصرفا كهذا فقد لزم البيع وانقطع الخيار. وهذا المذهب هو رواية عن أحمد بن حنبل رضى الله عنه.

ولعل حجة من ذهب إلى هذا الرأى هى قوله عليه الصلاة والسلام «المسلمون على شروطهم» إذ هو عام فى كل شرط ومنه شرط الخيار فى البيع على أى حال كان مقيدا بمدة أو غير مقيد. فيجب الوفاء به لهذا الحديث، ولا يجب الوفاء بشىء شرعا إلا إذا كان صحيحا شرعا إذ الباطل مهدر، ولا كرامة له فى الشرع.

وهذا مذهب غير صحيح ولذا لم يذهب إليه إلا قلة من العلماء، وقوله عليه الصلاة والسلام «المسلمون على شروطهم» عام مخصوص بحديث نهى النبى ﷺ عن بيع الغرر لأنه البيع مع شرط الخيار غرر لأنه لا يدرى أيتم البيع أم لا يتم؟ اغتفر هذا الغرر إذا ضرب لهذا الخيار مدة معلومة لعدم إفضائه إلى النزاع والشحناء وهذا بخلاف ما إذا لم تضرب له مدة أو ضرب له الأبد فإن النزاع، والخصام، والمضارة التى نهى عن الغرر من أجلها تكون هنا جميعا متوفرة ولا ريب.

هذا وجماهير العلماء بعد ذلك على أنه لابد من تقييد شرط الخيار بمدة وإن هذه المدة يشترط فيها أن تكون معلومة إما بالنص عليها كما هو رأى العلماء غير المالكية. وإما بالنص أو بالعرف على معنى أن تقدر بالعرف إن لم ينص عليها المتعاقدان كما هو مذهب المالكية.

إلا أنهم اختلفوا فى هذه المدة كم هى؟

فذهب الشافعية، وأبو حنيفة، وزفر، والليث بن سعد فى جماهير كثيرة من العلماء إلى أن هذه المدة لا يجوز بحال أن تجاوز ثلاثة أيام، وتجوز الثلاثة فما دونها.

وذهب الحنابلة، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن، وابن أبى ليلى وابن المنذر من =

. . . .

= الشافعية، إلى أن الشرط فى هذه المدة أن تكون معلومة فحسب طالت بعد ذلك أم قصرت جاوزت الثلاث أم لم تجاوزها. وهذا أيضا مذهب داود الظاهرى.

وذهب المالكية إلى أن هذه المدة يختلف تقدير هذا باختلاف المبيع من حيث الحاجة الداعية إلى شرط الخيار فيه من اختبار أو استشارة ومن حيث إسراع الفساد إليه أو عدم الإسراع فإن المدة تختلف تبعا لذلك كما يفهم هذا المتتبع لفروع المالكية فى كتبهم.

فيجوز الخيار فى الدور والعقار إلى الشهر ونحوه. وفى العبد والجارية إلى الجمعة ونحوها. وفى الثياب، والعروض، إلى الثلاثة ونحوها. وفى الدابة يقصد ركوبها فى البلد اليوم ونحوه وخارج البلد البريد، ونحوه أو يقصد اختبار حالها من قوة، وضعف أو قدرة على الأكل، والحمل أو استشارة أتساوى الثمن أم لا تساويه؟ الثلاثة ونحوها وأقصى مدة تضرب لشرط الخيار لا تزيد عن الشهرين بحال عند المالكية.

الأدلة

أما الشافعى، وأبو حنيفة، ومن ذهب مذهبهما فاستدلوا:

أولاً: بحديث حبان بن منقذ المتقدم «إذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام» وظاهر أن الحديث إذا كان حجة لاشتراط الخيار فى البيع فهو كذلك حجة على أن مدته لا تزيد على الثلاث - يقول صاحب المبسوط ما معناه إن المقدر شرعا إما أن يكون لمنع الزيادة أو لمنع النقصان أو لمنع أحدهما ومنع النقصان هنا ممتنع بالاتفاق فيكون لمنع الزيادة وإلا يلزم خلو الحديث عن الفائدة.

ولكن قد ظهر لك مما تقدم أن هذا الحديث لا يصلح حجة لجواز شرط الخيار فكذلك لا يصلح لتقدير مدته لبناء الثانى على الأول.

ثانياً: استدل لهم كذلك بحديث «الخيار ثلاثة أيام» وقد تقدم الطعن فى هذا الحديث بطريقيه وبينا أنه لا ينهض على ساق.

ثالثاً: بما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال (ما أجد لكم أوسع مما جعل رسول الله ﷺ لحبان. جعل له الخيار ثلاثة أيام إن رضى أخذ وإن سخط ترك) ولكن الذى جعله الرسول ﷺ لحبان هو مدة خيار الغبن عند شرط عدم الخلابة فى البيع لا مدة خيار الشرط. على أن هذا لم يثبت عن عمر من طريق تصح ولو صح عنه ما ذكر فقد ثبت عن غيره من الصحابة ما يخالفه.

رابعاً: قالوا بقياس هذا الخيار على خيار التصرية المؤقت بالثلاث - قلنا التأقيت فى التصرية بالثلاث ثبت لمعنى وهو أن التصرية لا تعلم غالبا قبل الثلاث كما أن العلم بها لا يحتاج لأكثر من الثلاث فى الغالب وخيار الشرط قد لا يحتاج فيه إلى الثلاث فى بعض صور المبيع، وقد يحتاج فيه إلى أكثر منها فى بعض آخر فلم يظهر للتأقيت بالثلاث معنى فيه فافترقا المقيس، والمقيس عليه.

وأما الحنابلة والصاحبان ومن تابعهم - فاستدلوا :

أولاً: بقوله ﷺ «المسلمون على شروطهم» وشرط الخيار إذا كان معلوم المدة ينتفى عنه الغرر الذى من شأنه أن يوقع الضغينة، والشحناء فيكون داخلا فى عموم هذا الحديث وليس =

. . . .

= داخلا فى عموم نهيه ﷺ عن بيع الغرر حتى يستثنى من هذا الحديث الذى معنا. وقد اعترض على هذا الحديث بأنه ضعيف ودفع هذا الاعتراض بأنه روى من جملة طرق، وإن لم تبلغ درجة الصحة فهى تجعل للحديث أصلا وتسمو به إلى درجة الحجية.

ثانياً: قالوا فحديث ابن عمر رضى الله عنهما أنه أجاز الخيار إلى شهرين يدل على أنه يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاث. قلنا لا ندرى إذا كان ابن عمر أسند هذا إلى النبى ﷺ أو هو رأى ارتآه. على أن الخيار فيه مطلق لا نعلم أى خيار هو؟ أخيار شرط أم غيره؟ ثم هو مع تسليم أنه حديث مرفوع وأن المراد بالخيار فيه خيار الشرط لا يدل إلا على جزء الدعوى وهو جواز الزيادة على الثلاث إلى الشهرين. والمدعى أية مدة طالت أم قصرت ما دامت معلومة. فكيف والحديث غريب كما قاله صاحب نصب الراية.

ثالثاً: قاسوا خيار الشرط على الأجل لأن كلا منهما حق يعتمد الشرط. والأجل شرطه أن يكون معلوما ومتروك أمر مدته إلى ما يتفق عليه العاقدان. فمدة خيار الشرط هكذا يجب أن تكون. ومعنى أن كلا من الأجل وخيار الشرط حق يعتمد الشرط أنه لولا الشرط لما كان لهما وجود ولا أثر فلو خلا العقد عنهما لكان حالا لازما. وقريب من هذا قول بعض الكاتبين فى بيان وجه القياس مدة ملحقة بالعقد شرطا. لأنه يترتب على تلك المدة الملحقة بالعقد على جهة الشرط حق فسخ البيع وحق تأخير الثمن. وقول بعض آخر خيار الشرط كالأجل كلاهما شرع على خلاف مقتضى العقد تحت ضغط الحاجة. وقد تدعو الحاجة فى خيار الشرط أن تزيد مدته على الثلاث كما أن الأجل يطول ويقصر تبعا للحاجة. ولأن معنى كون الشيء على خلاف المقتضى. أن المقتضى لا يستلزمه عند الإطلاق بل يستلزم ضده. وهذا هو معنى قولنا حق يعتمد الشرط. غاية ما هناك أنه عبر بدل الشرط بالحاجة وهما أيضا قريبان لأن الحاجة هى الداعية إلى الشرط وقد دفع هذا القياس صاحب فتح القدير فقال: ما معناه نحن نسلم قياس خيار الشرط على الأجل ولا يضرنا فإن الذى شرع الأجل على خلاف القياس شرعه مطلقا فعملنا بإطلاقه لكن حين شرع الخيار شرعه مقيدا فى حدود الثلاث فعملنا بتقييده حتى إنه لو كان شرع الأجل مقيدا بوقت معين لكنا كذلك نقول والمعنى أن ما شرع على خلاف القياس يعمل فيه بمقتضى النص الوارد فيه والنص فى الأجل مطلق وفى شرط الخيار مقيد فعملنا فيهما معا بالنص، والقياس - ومن هذا يظهر أن الكمال اعتمد فى رده هذا القياس على الحديث حديث حبان بن منقذ وقد علمت مبلغ صلاحيته فى الاستدلال على محل النزاع.

رابعاً: وكذلك قاسوا خيار الشرط على خيار الرؤية وخيار العيب. فكما يجوز الفسخ بهما، ولو بعد الثلاث كذلك يجب ألا يتقيد خيار الشرط بالثلاث. وقد دفع صاحب المبسوط هذا القياس. بأنه لا غرر فيهما بخلاف خيار الشرط ولعل وجه قوله هذا أن البيع فيهما بت غير معلق حكمه على الشرط. وخيار الشرط ليس كذلك. ولكن ما دمنا قد اشترطنا فى خيار الشرط أن تكون مدته معلومة فالضرر الذى فيه غرر يسير محتمل حينئذ.

نعم يرد على هذا القياس الذى قال به الصاحبان أنه قياس مذهبى. لأن خيار الرؤية الذى ذهبا إليه لا يعترف به الشافعية، ولا الحنابلة أيضا وأما خيار العيب قلنا أن نختار أن الفسخ به =

....

= فور الاطلاع على العيب كما هو رأى الشافعية - فإن أراد الصاحبان بجواز الفسخ به بعد الثلاث من حين البيع على معنى أن العيب لو ظهر بعد مضى الثلاث من البيع فله الفسخ باتفاق - فجوابنا على ذلك أن البيع فى خيار العيب بت ولازم فى الظاهر، والخيار إنما يثبت بعد الاطلاع على العيب فقبل ظهور العيب لا خيار حتى يقاس عليه خيار الشرط.

وأما المالكية: فاستدلوا لمذهبهم بأن خيار الشرط شرع للحاجة لدفع الغبن والخديعة أو لاختبار المبيع، ومشاورة أولى النهى فيه هل يحقق طلبه النفسى؟ وهل هو صالح للاستعمال فيما يراد له أم هو غير صالح؟ وهذه الحاجة تختلف باختلاف المبيع فلينظر اعتبار المدة من حيث تقديرها بالحاجة الداعية إلى اشتراط الخيار فى البيع، ومما لا ريب فيه أن الثلاث لا تدفع هذه الحاجة لأن من السلع ما يحتاج اختباره إلى أكثر منها.

وعندهم أن النص على الثلاث فى الحديث ليس لتحديد مدة خيار الشرط بها. وإنما هو للتشبيه على هذا المعنى الذى قالوه. إذ كانت حاجة هذا الرجل - حبان بن منقذ - تندفع بالثلاث فى الغالب لأنه إنما كان يتاجر فى العروض اليسيرة. وعلى هذا فيكون هذا الحديث عندهم من باب الخاص أريد به العام.

كيف ولو وقفنا مع ظاهر الحديث واعتبرنا الثلاث فى كل شرط خيار لا يجوز للعاقدين أن يجاوزاها بحال لم يكن فيه كبير فائدة ولم يحصل الغرض الذى من أجله شرع شرط الخيار فى بعض الحالات لأن الثلاث لا تكفى فى جميع السلع.

وقد دفع هذا صاحب فتح القدير فقال ما معناه (إنه لا يتعين الزيادة على الثلاث طريقا لدفع الحاجة لأن شرط الخيار إن كان الداعى إليه عدم رؤية المبيع فيمكنه أن يذهب قبل العقد ليرى المعقود عليه فإن لم يمكنه الذهاب فخيار الرؤية ثابت له ولو بعد سنة أو أكثر وإن كان الخيار للتروى فى أمر المبيع هل يساوى الثمن أم لا؟

وهل هو منتفع به على الكمال أم لا؟ فهذا لا يتوقف على الزيادة على الثلاث إذ يمكنه إن لم يكن أهلا لذلك أن يراجع أهل الخبرة والمعرفة فى الثلاث.

ويكفى فى دفع هذا الدفع أنه غير مطابق للواقع ومصادم للحقيقة السافرة فإن بعض السلع لا تكفى الثلاث للتروى فيها لاسيما فى هذا العصر الذى تقدمت فيه الصناعات واستحدثت المخترعات ذات الأجهزة الدقيقة المعقدة التركيب. هذا فضلاً عن أنه دفع مذهبى لأن المالكية لا يقولون بخيار الرؤية كما يقول الحنفية. أعنى على النحو الذى ذهب إليه الحنفية. لأن خيار الرؤية عند المالكية بالشرط وقد لا يمكنه منه العقاد بخلافه عند الحنفية فهو من مواجب العقد على الغائب.

نعم يرد على المالكية أن الحاجة كما تختلف باختلاف المبيع كذلك تختلف باختلاف العاقد باعتبار الذكاء، والحنكة وممارسة البياعات فرب شخص خبير بسلعة يكفيه اليوم بل الساعة ليقف على أمرها، ورب شخص آخر غير خبير بها لا تكفيه الأيام للوقوف عليها مع أنه قد لا يمكنه أن يستعين بذوى الخبرة لفقدهم أو بعدهم أو لا يحب أن يطلع غيره على السلعة المبتاعة. فقصر اختلاف الحاجة باعتبار اختلاف المبيع وحده غير سديد.

على أن الحاجة بعد هذا تختلف باعتبار الزمان والمكان تبعا لتقدم المدنية، والعمران. =

[باب ما يجوز بيعه ومالا يجوز][1]

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: الأعيان ضربان:

نجس.

وطاهر.

فأما النجس، فعلى ضربين:

نجس فى نفسه.

ونجس بملاقاة نجاسة.

فأما النجس فى نفسه، فلا يجوز بيعه، وذلك مثل الكلب والخنزير والخمر والسرجين وما أشبه ذلك من النجاسات.

والأصل فيه ما روى جابر - رضى الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ وَالْأَصْنَامِ».

= فما كان يحتاج كشفه واختباره إلى زمن كبير فى العصور الغابرة قد لا يحتاج إلى مثل هذا الزمن فى العصر الحاضر؛ وقد يكون الأمر بالعكس فدار فى عصر مالك رحمه الله لا تكون كعمارة ضخمة من عمارات أمريكا ناطحات السحاب.

ولكن المالكية مع هذه كله جعلوا زمانهم الغابر مقياس سائر الأزمنة فقالوا لا تزيد المدة على الشهرين بحال وحدودها فى كل مبيع. فكانوا أول من خالف أصلهم، وهو ربط المدة باعتبار العرف، والحاجة.

وبعد فما هو الرأى الذى نختاره ونرجحه من هذه الآراء؟

لعلك وقفت عليه أيها القارئ من ثنايا بحثنا هذا. ألا وهو رأى الحنابلة والصالحين أن تكون مدة الخيار معلومة فحسب طالت أم قصرت لأدلتهم الصحيحة التى ذكرناها فيما تقدم ووافقنا عنها كل من أراد أن يشكك فيها وهى حديث «المسلمون على شروطهم» والقياس على الأجل، أما غيرهما من الأدلة فغير ناهض.

ونزيد على ذلك فنقول إن ربط المدة بالحاجة الداعية إلى اشتراط الخيار هو فى الواقع ربط للحكم بعلته الحقيقة، ولكن لما كانت الحاجة تختلف باختلاف المبيع كما يقول المالكية وتختلف باختلاف العاقد كما بحثناه فتصبح هذه العلة علة خفية غير منضبطة فأقمنا مقامها مظنتها، وليست سوى المدة التى يتفقان عليها لأنهما أدرى من غيرهما بمصلحتهما.

هذا والفرق بين مذهب المالكية، وبين مذهب الحنابلة هو فرق ما بين الخاص والعام فمذهب المالكية أخص مطلقا من مذهب الحنابلة يجتمعان فيما إذا كانت المدة المشروطة لا تزيد عما تدعو إليه الحاجة وينفرد مذهب الحنابلة فيما إذا زادت. وهذا طبعا فى المدة المشروطة. قاله شيخنا العلامة عبد الرحمن مندور عليه رحمة الله تعالى.

(١) سقط فى ط.

وروى أبو مسعود البدرى وأبو هريرة - رضى الله عنهما -: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ، فَنَصَّ عَلَى الْكَلْبِ وَالْخِنْزِيرِ والخمر وَالْمَيْتَةِ وَقِسْنَا عَلَيْهَا سَائِرَ الْأَعْيَانِ النَّجِسَةِ».

الشرح: أما حديث جابر رضى الله عنه فرواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما طويلا ولفظه فيهما عن جابر أنه: «سَمِعَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ عَامَ الْفَتْحِ وَهُوَ بِمَكَّةَ: إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَا بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ وَالْأَصْنَامِ فَقِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَرَأَيْتَ شُحُومَ الْمَيْتَةِ فَإِنَّهَا يُطْلَى بِهَا السُّفُنُ وَيُدْهَنُ بِهَا الْجُلُودُ وَيَسْتَصْبِحُ بِهَا النَّاسُ؟ فَقَالَ: لَا هُوَ حَرَامٌ، ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عِنْدَ ذَلِكَ: قَاتَلَ اللَّهُ الْيَهُودَ إِنَّ اللَّهَ لَمَّا حَرَّمَ شُحُومَهَا جَمَلُوهُ ثُمَّ بَاعُوهُ فَأَكَلُوا الْمَيْتَةَ»(١)،(٢) فقال: جمله - بالجيم وتخفيف الميم - أجمله، أى: أذابه.

وأما حديث أبى مسعود البدرى الأنصارى فرواه البخارى ومسلم أيضا ولفظه عنه أن رسول الله ﷺ: «نَهَى عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ وَمَهْرِ الْبَغِى وَحُلْوَانِ الْكَاهِنِ»(٣).

وأما حديث أبى هريرة(٤) فرواه أبو داود بإسناد حسن بلفظ حديث أبى مسعود واسم أبى مسعود عمرو بن عمرو الأنصارى البدرى.

قال أكثر العلماء: لم يشهد بدرا مع رسول الله ﷺ فى الغزوة المشهورة، وإنما قيل له: البدرى؛ لأنه سكن بدرا ولم يشهدها، قال محمد بن إسحاق إمام المغازى، ومحمد بن شهاب الزهرى إمام المغازى وغيرهما، ومحمد بن إسماعيل البخارى صاحب الصحيح فى صحيحه: إنه شهدها، واتفقوا على أنه شهد العقبة مع السبعين، وكان أصغرهم روى له عن النبى ﷺ مائة حديث وحديثان، اتفق البخارى ومسلم على تسعة أحاديث منها، وانفرد البخارى بحديث ومسلم بسبعة، سكن الكوفة وتوفى بها، وقيل: توفى بالمدينة رضى الله عنه.

---

(١) فى أ: ثمنه.
(٢) تقدم.
(٣) يأتى تخريجه.
(٤) أخرجه البيهقى (٦/ ١٢٦) فى كتاب الإجارة باب كسب الإماء وكذا أبو داود (٢/ ٣٠١) فى كتاب البيوع باب فى ثمن السنور (٣٤٨٤) بلفظ لا يحل ثمن الكلب ولا حلوان الكاهن ولا مهر البغى.

وأما السرجين - فبكسر السين وفتحها وبالجيم - ويقال بالقاف بدلها، وسبق إيضاحه فى أول كتاب الطهارة، والله أعلم.

أما حكم المسألة: فقد سبق فى أول كتاب البيوع أن شروط البيع خمسة:

أن يكون طاهرا.

منتفعا به.

مقدورا على تسليمه.

معلوما.

مملوكا لمن وقع العقد له.

فبدأ المصنف بالشرط الأول وهو الطهارة فقال: النجس ضربان:

نجس فى نفسه؛ كالكلب والخنزير وما تولد منهما، أو من أحدهما، والخمر والنبيذ والسرجين والعذرة ودهن الميتة وعصبها وشعرها - إذا قلنا بالمذهب إنه نجس - وكذا ريشها ولبن ما لا يؤكل إذا قلنا بالمذهب إنه نجس وسائر الأعيان النجسة، ولا يجوز بيعها بلا خلاف عندنا، وسواء الكلب المعلم وغيره، وسواء الخمر المختمرة وغيرها.

ودليل المسألة ما ذكره المصنف، والله أعلم.

فرع: الفيلج - بالفاء والجيم - هو القز.

قال القاضى حسين فى فتاويه وآخرون: يجوز بيعه فى باطنه الدود الميت؛ لأن بقاءه من مصالحه كالنجاسة التى فى جوف الحيوان، قالوا: وسواء باعه وزنا أو جزافا، وسواء كان الدود حيا أو ميتا، فبيعه جائز بلا خلاف، والله أعلم.

فرع: قال أصحابنا: فى بيع فأرة المسك أو بيض ما لا يؤكل لحمه ودودة القز وجهان بناء على طهارتها ونجاستها.

أصحهما: الطهارة وجواز البيع.

وأما دود القز فيجوز بيعه فى حياته بلا خلاف؛ لأنه حيوان ينتفع به كسائر الحيوان، وقد ذكر المصنف المسألة فى آخر هذا الباب وسبق إيضاحها فى باب إزالة النجاسة، هذا مذهبنا.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز بيع بزر القز ولا دوده.

دليلنا: أنه طاهر منتفع به فجاز بيعه؛ كسائر الطاهر المنتفع به.

فرع: [فى حكم][(١)] ما لا يؤكل لحمه:

ذكرنا فى باب إزالة النجاسة ثلاثة أوجه:

أصحها وأشهرها: أنه نجس.

والثانى: طاهر يحل شربه.

قال أصحابنا: إن قلنا: إنه نجس، لا يجوز بيعه

قال المتولى وآخرون: وإن قلنا: طاهر يحل شربه، جاز بيعه.

وإن قلنا: طاهر لا يحل شربه، فإن كان فيه منفعة مقصودة جاز بيعه، وإلا فلا.

فرع: ذكرنا أن بيع الخمر باطل سواء باعها مسلم أو ذمى أو تبايعها ذميان، أو وكل المسلم ذميا فى شرائها له، فكله باطل بلا خلاف عندنا.

وقال أبو حنيفة: يجوز أن يوكل المسلم ذميا فى بيعها وشرائها.

وهذا فاسد منابذ للأحاديث الصحيحة فى النهى عن بيع الخمر.

فرع: بيع الخمر وسائر أنواع التصرف فيها حرام على أهل الذمة كما هو حرام على المسلم[(٢)]، هذا مذهبنا.

وقال أبو حنيفة: لا يحرم ذلك عليهم.

قال المتولى: المسألة مبنية على أصل معروف فى الأصول وهو أن الكافر عندنا مخاطب بفروع الشرع، وعندهم ليس بمخاطب وقد سبقت هذه المسألة فى باب إزالة النجاسة.

فرع: لو أتلف لغيره كلبا أو خنزيرا أو سرجينا أو ذرق حمام أو جلد ميتة قبل دباغه أو غير ذلك من الأعيان النجسة، لم تلزمه قيمته بلا خلاف عندنا.

قال الماوردى: قال أصحابنا: لم يكن يعرف خلاف فى أنه لا قيمة على من أتلف كلبا معلما، حتى قال به مالك.

فرع: ذكرنا أن مذهبنا: أنه لا يجوز بيع الكلب، سواء كان معلما أو غيره، وسواء كان جروا أو كبيرا، ولا قيمة على من أتلفه، وبهذا قال جماهير العلماء، وهو مذهب أبى هريرة والحسن البصرى والأوزاعى وربيعة والحكم وحماد وأحمد[(٣)]

---

(١) فى أ: لبن.

(٢) فى أ: المسلمين.

(٣) قال فى الإنصاف (٤/ ٢٧٣): قوله (ويجوز بيع الهر والفيل وسباع البهائم التي تصلح =

وداود وابن المنذر وغيرهم.

وقال أبو حنيفة[١]: يصح بيع جميع الكلاب التى فيها نفع وتجب القيمة على متلفه.

وحكى ابن المنذر عن جابر وعطاء والنخعى جواز بيع الكلب للصيد دون غيره.

وقال مالك[٢]: لا يجوز بيع الكلب، وتجب القيمة على متلفه، وإن كان كلب

= للصيد، في إحدى الروايتين) لما فى الصحيح (أن امرأة دخلت النار فى هرة لما حبستها) والأصل فى اللام الملك، ولأنه حيوان مباح نفعه واقتناؤه مطلقا، أشبه البغل، والباقى بالقياس عليه، ولأنه لا وعيد فى جنسه، فجاز بيعه، وعلى هذا فى جواز بيع فرخه وبيضه وجهان. قوله: يصلح للصيد. يحتمل حالا، أى تكون معلمة، وبه صرح الخرقى، فظاهره لا يصح بيعها قبل التعليم، ويحتمل مآلا أى: يقبله كالجحش الصغير فإن لم يقبل الفيل التعليم، لم يجز كأسد وذئب ودب (إلا الكلب) لا يجوز بيعه رواية واحدة، وكذا آلة لهو وخمر، ولو كانا ذميين، ذكره الأزجى عن الأصحاب (اختارها الخرقى) والمؤلف، وجزم بها فى الوجيز (والأخرى لا يجوز، اختارها أبو بكر) وابن أبى موسى.

(١) قال في تبيين الحقائق (٤/ ١٢٥): جابر رضي الله عنه قال « نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب والهر إلا الكلب المعلم » فدل ذلك على جواز بيع الكلاب التي ينتفع بها من جهتين إحداهما أنه إذا جاز بيع الكلب المعلم جاز بيع غيره من الكلاب؛ لأن أحدا لم يفرق بينهما والثانية أن ذكره للكلب المعلم لأجل ما فيه من النفع وكل ما أبيح الانتفاع به منها فهو مثله.

(٢) قال رحمه الله تعالى: (وفى الكلب خلاف) يعنى اختلف أئمة المذهب فى بيع الكلب، قال ابن عرفة: الكلب المنهى عن اتخاذه لا يجوز بيعه اتفاقا، وفى غيره سبعة أقوال . قال مالك فى الموطأ: أكره ثمن الكلب الضارى وغير الضارى، لنهى رسول الله صلى الله تعالى عليه وعلى آله وسلم عن ثمن الكلب. قال بعضهم: وينبغى أن يلحق بيع الكلب بالممنوع ا.هـ. ثم إن المأذون فى اتخاذه يجوز أخذه لزرع أو ماشية أو لصيد؛ لما ورد فى الصحيح من قوله صلى الله عليه وسلم: «من اقتنى كلبا لا لصيد أو زرع أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراط» وفى رواية: «قيراطان» فلذا قال أبو محمد عبدالله بن أبى زيد فى الرسالة: ولا يتخذ كلب فى الدور فى الحضر ولا فى دور البادية إلا لزرع أو ماشية يصحبها فى الصحراء، ثم يروح معها أو لصيد يصطاده لعيشه. قال شارحها النفزاوى: ولا حرج فى اتخاذه لواحد من هذه الثلاثة. ثم قال: تنبيهات: الأول ما ذكره المصنف من عدم جواز اتخاذ الكلاب فى غير المسائل الثلاث مقيد بما إذا لم يضطر إلى اتخاذها لحفظ محله أو حفظ نفسه وإلا جاز، كما وقع للمصنف، يعنى به صاحب الرسالة حين سقط حائط داره وكان يخاف على نفسه من الشيعة، فاتخذ كلباً، ولما قيل له: كيف تتخذه ومالك نهى عن اتخاذ الكلاب فى غير المواضع الثلاثة؟ فقال: لو أدرك مالك زماننا لاتخذ أسداً ضارياً. ولا ضمان على صاحب المأذون فى اتخاذه فيما أتلفه إلا أن يصير عقوراً وينذر صاحبه على يد بينة. وقيل: لابد من الإنذار على يد القاضى على قولين فى المسألة فيضمن جميع ما يتلفه بعد الإنذار. وجناية غير العقور من فعل العجماء وهو جبار، قاله الأجهورى. وأما غير المأذون فى اتخاذه =

صيد أو ماشية وعنه رواية كمذهبنا، ورواية كمذهب أبى حنيفة.

واحتج لمن جوز بيعه بالحديث المروى عن أبى هريرة - رضى الله عنه - عن النبى ﷺ: «أَنَّهُ نَهَى عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ إِلَّا كَلْبَ صَيْدٍ »[(١)].

وَفِى رِوَايَةٍ: «ثَلَاثٌ كُلُّهُنَّ سُحْتٌ فَذَكَرَ كَسْبَ الْحَجَّامِ، وَمَهْرَ الْبَغِى، وَثَمَنَ الْكَلْبِ، إِلَّا كَلْبَ صَيْدٍ»[(٢)].

وعن عمر - رضى الله عنه -: «أنه غرم رجلا عن كلب قتله عشرين بعيرا»[(٣)].

وعن عبد الله بن عمرو بن العاص: «أنه قضى فى كلب صيد قتله رجل بأربعين درهما، وقضى فى كلب ماشية بكبش»[(٤)].

ولأنه حيوان يجوز الانتفاع به فأشبه الفهد.

ولأنه تجوز الوصية به والانتفاع به، فأشبه الحمار.

واحتج أصحابنا بالأحاديث الصحيحة فى النهى عن بيعه، والنهى يقتضى الفساد، فإنه لا قيمة على متلفه، فمن الأحاديث حديث أبى مسعود البدرى: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ، وَمَهْرِ الْبَغِى وَحُلْوَانِ الْكَاهِنِ »[(٥)] رواه البخارى ومسلم.

= فيضمن متخذه جميع ما أتلفه ولو لم يتقدم لمتخذه إنذار. الثانى.أى من التنبيهات لم يتكلم المصنف على حكم قتل الكلاب، ومحصله أن المأذون فى اتخاذه لا يجوز قتله على مذهب مالك وأصحابه وكثير من العلماء، وعلى قاتله غرم قيمته لصحة ملكه وإن حرم بيعه؛ لأنه لا تلازم بين حرمة البيع وعدم غرم القيمة كأم الولد ولحم الضحية فيحرم بيعهما وتلزم قيمتهما من أتلفهما. وأما غير المأذون فى اتخاذه فلا غرم على قاتله لعدم صحة تملكه وجوازه، بل ندب قتله ا.هـ. قال الصاوى فى حاشيته على الجلالين فى سورة المائدة عند ورود الحديث المتقدم: ويؤخذ من هذا الحديث أن قتل غير النافع من الكلاب مندوب إن لم يكن عقوراً يخشى منه الضرر ولا يندفع إلا بالقتل، وإلا وجب قتله عند مالك ا.هـ.

(١) أخرجه الترمذى (٢/ ٥٥٨) فى أبواب البيوع (١٢٨١)، وقال: لا يصح من هذا الوجه.

(٢) أخرجه الدارقطنى فى السنن (٣/ ٧٢)، والبيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ٦)، وقال: الوليد والمثنى ضعيفان.

(٣) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ٧) عن عثمان بن عفان وليس عن عمر بن الخطاب.

(٤) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٦/ ٨ .

(٥) أخرجه البخارى (٤/ ٤٢٦) كتاب: البيوع، باب: ثمن الكلب، حديث (٢٢٣٧)، ومسلم (٣/ ١١٩٨) كتاب: المساقاة، باب: تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغى، حديث (٣٩/ ١٥٦٧)، وأبو داود (٣/ ٧٥٣) كتاب: البيوع، باب: ما جاء فى ثمن الكلب، حديث (٣٤٨١)، والترمذى (٣/ ٥٧٥) كتاب: البيوع، باب: ما جاء فى ثمن الكلب، حديث (١٢٧٦)، والنسائى (٧/ ٣٠٩) كتاب: البيوع، باب: بيع الكلب، وابن ماجه =

وعن أبى جحيفة رضى الله عنه: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهى عَنْ ثَمَنِ الدَّمِ، وَعَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ، وَمَهْرِ الْبَغِى، وَلَعَنَ آكِلَ الرِّبَا، وَمُوكِلَهُ، وَالْوَاشِمَةَ وَالْمُسْتَوْشِمَةَ، وَلَعَنَ الْمُصَوِّرَ »[(١)] رواه البخارى.

وعن رافع بن خديج - رضى الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «كَسْبُ الْحَجَّامِ خَبِيثٌ، وَمَهْرُ الْبَغِى خَبِيثٌ، وَثَمَنُ الْكَلْبِ خَبِيثٌ »[(٢)] رواه مسلم.

وعن أبى الزبير قال: «سَأَلْتُ جَابِرًا رضى الله عنه عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ وَالسِّنَّوْرِ فَقَالَ: زَجَرَ النَّبِى ﷺ عَنْ ذَلِكَ »[(٣)] رواه مسلم.

وعن ابن عباس - رضى الله عنهما - قال: «نَهَى النَّبِى ﷺ عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ، وَقَالَ إِنْ جَاءَ يَطْلُبُ ثَمَنَ الْكَلْبِ فَامْلأْ كَفَّهُ تُرَابًا »[(٤)] رواه أبو داود بإسناد صحيح.

وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لَا يَحِلُّ ثَمَنُ الْكَلْبِ، وَلَا حُلْوَانُ الْكَاهِنِ، وَلَا مَهْرُ الْبَغِى »[(٥)] رواه أبو داود بإسناد صحيح أو حسن.

وعن ابن عباس قال: «رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ خَالِيًا عِنْدَ الرُّكْنِ، فَرَفَعَ بَصَرَهُ إِلَى السَّمَاءِ فَقَالَ: لَعَنَ اللَّهُ الْيَهُودَ ثَلَاثًا، إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ عَلَيْهِم الشُّحُومَ فَبَاعُوهَا وَأَكَلُوا أَثْمَانَهَا، وَإِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ عَلَى قَوْمٍ أَكْلَ شَىء حَرَّمَ عَلَيْهِمْ ثَمَنَهُ »[(٦)] رواه أبو داود

= (٢/ ٧٣٠) كتاب: التجارات، باب: النهى عن ثمن الكلب ومهر البغى وحلوان الكاهن، حديث (٢١٥٩)، وأحمد (٤/ ١١٨، ١١٩، ١٢٠)، والدارمى (٢/ ١٧٠ - ١٧١)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ٥١)، والبيهقى (٦/ ١٢٦)، والبغوى فى شرح السنة (٤/ ٢١٥) من حديث أبى مسعود البدرى قال: نهى رسول الله ﷺ، عن ثمن الكلب، ومهر البغى، وحلوان الكاهن، وقال الترمذى: حسن صحيح.

(١) أخرجه البخارى (٤/ ٤٢٦) كتاب البيوع، باب: ثمن الكلاب حديث (٢٢٣٨)، وأحمد (٤/ ٣٠٩)، وأبو داود (٢/ ٣٠١) كتاب البيوع، باب فى أثمان الكلاب، حديث (٢٤٨٣).

(٢) أخرجه مسلم ٣/ ١١٩٩ كتاب المساقاة باب تحريم بيع فضل الماء (٤١/ ١٥٦٨)، والبيهقى فى السنن الكبرى ٦/ ٦ واللفظ له.

(٣) أخرجه مسلم (٣/ ١١٩٩) فى كتاب المساقاة باب تحريم بيع فضل الماء (٤٢/ ١٥٦٩)، والبيهقى فى الكبرى (٦/ ١٠) فى كتاب البيوع باب ما جاء فى ثمن السنور.

(٤) أخرجه أحمد (١/ ٢٣٥)، ٣٥٥ و ٢٧٨و ٢٨٩و - ٣٥و ٣٥٦)، أبو داود (٢/ ٣٠١) فى كتاب البيوع باب فى أثمان الكلاب (٣٤٨٢).

(٥) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٠١) (٣٤٨٤) نفس المصدر السابق وقد تقدم تخريجه بلفظ آخر غير هذا.

(٦) أخرجه أحمد (١/ ٢٤٧و ٢٩٣و ٣٢٢)، وأبو داود (٢/ ٣٠٢) فى كتاب البيوع باب فى ثمن الخمر والميتة (٣٤٨٨).

بإسناد صحيح.

[و] لأنه حيوان نجس فلم يجز بيعه كالخنزير.

وأما الجواب عما احتجوا به من الأحاديث والآثار، فكلها ضعيفة باتفاق المحدثين، و [هكذا وضح][١] الترمذى والدارقطنى والبيهقى ضعفها.

ولأنهم لا يفرقون بين المعلم[٢] وغيره، بل يجوزون بيع الجميع، وهذه الأحاديث الضعيفة فارقة بينهما. والجواب عن قياسهم على الفهد ونحوه: أنه طاهر بخلاف الكلب.

والجواب عن قياسهم على الوصية: أنه يحتمل فيها ما لا يحتمل فى غيرها، ولهذا تجوز الوصية بالمجهول والمعدوم والآبق، والله أعلم.

قال ابن المنذر: لا معنى لمن جوز بيع الكلب المعلم؛ لأنه مخالف لما ثبت[٣] عن رسول الله ﷺ قال: ونهيه ﷺ عام يدخل فيه جميع الكلاب، قال: ولا يعلم خبر عارض الأخبار الناهية، يعنى خبرا صحيحا. وقال البيهقى: الإسناد المذكور فى كلب الصيد ليس ثابتا فى الأحاديث الصحيحة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: بيع الهرة الأهلية جائز بلا خلاف عندنا إلا ما حكاه البغوى فى كتابه فى شرح مختصر المزنى عن ابن القاص أنه قال: لا يجوز.

وهذا شاذ باطل مردود، والمشهور جوازه، وبه قال جماهير العلماء نقله القاضى عياض عن الجمهور. وقال ابن المنذر: أجمعت الأمة على أن اتخاذه جائز، ورخص فى بيعه ابن عباس وابن سيرين والحكم وحماد ومالك[٤] والثورى والشافعى وأحمد وإسحاق وأبو حنيفة[٥] وسائر أصحاب الرأى.

قال: وكرهت طائفة بيعه، منهم أبو هريرة ومجاهد وطاوس وجابر بن زيد.

قال ابن المنذر: إن ثبت عن النبى ﷺ النهى عن بيعه فبيعه باطل، وإلا فجائز، وهذا كلام ابن المنذر واحتج من منعه بحديث أبى الزبير قال: سألت جابرا عن ثمن

---

(١) فى أ: وقد أوضح.
(٢) فى أ: العلم.
(٣) فى أ: للثابت.
(٤) قال فى المدونة (١/ ٥٥٢): يجوز بيع الهر.
(٥) قال في الجوهرة (١/ ٢٢٠): ويجوز بيع الهرة بالإجماع.

الكلب والسنور فقال: «زَجَرَ النَّبِى ﷺ عَنْ ذَلِكَ» [١] رواه مسلم.

واحتج أصحابنا بأنه طاهر منتفع به، ووجد فيه جميع شروط [البيع بالخيار][٢] فجاز بيعه[٣]؛ كالحمار والبغل، والجواب عن الحديث من وجهين:

أحدهما: جواب أبى العباس بن القاص وأبى سليمان الخطابى والقفال وغيرهم: أن المراد الهرة الوحشية فلا يصح بيعها؛ لعدم الانتفاع بها إلا على الوجه الضعيف القائل بجواز أكلها.

والثانى: أن المراد نهى تنزيه، والمراد النهى على العادة بتسامح الناس فيه، ويتعاورونه فى العادة، فهذان الجوابان هما المعتمدان.

وأما ما ذكره الخطابى وابن المنذر أن الحديث ضعيف فغلط منهما؛ لأن الحديث فى صحيح مسلم بإسناد صحيح، وقول [ابن المنذر][٤]: إنه لم يروه غير أبى الزبير عن حماد بن سلمة فغلط أيضا.

فقد رواه مسلم فى صحيحه من رواية معقل بن عبيد الله عن أبى الزبير، فهذان ثقتان روياه عن أبى الزبير، وهو ثقة، والله أعلم.

فرع: قال ابن المنذر: أجمع العلماء على تحريم بيع الميتة والخمر والخنزير وشرائها، قال: واختلفوا فى الانتفاع بثمن الخمر فمنعه ابن سيرين والحكم وحماد والشافعى وأحمد وإسحاق، ورخص فيه الحسن البصرى والأوزاعى ومالك وأبو حنيفة وأبو يوسف.

فرع: مذهبنا المشهور: أن عظم الفيل نجس سواء أخذ منه بعد ذكاته أو بعد موته.

ولنا وجه شاذ: أن عظام الميتة طاهرة.

وسبق بيانه فى باب الآنية وسبق فى باب الأطعمة وجه شاذ: أن الفيل يؤكل لحمه، فعلى هذا إذا ذكى كان عظمه طاهرا.

والمذهب نجاسته مطلقا، ولا يجوز بيعه ولا يحل ثمنه، وبهذا قال طاوس

---

(١) تقدم.
(٢) فى أ: البيع.
(٣) فى أ: مبيعه.
(٤) فى أ: ابن عبد البر.

وعطاء بن أبى رباح وعمر بن عبد العزيز ومالك وأحمد.

وقال ابن المنذر: [أجمعت الأمة على اتخاذه][١] ورخص فيه عروة بن الزبير وابن سيرين وابن جريج، قال ابن المنذر: مذهب من حرم ذلك هو الأصح.

فرع: بيع سرجين البهائم المأكولة وغيرها وذرق الحمام باطل، وثمنه حرام، هذا مذهبنا. وقال أبو حنيفة: يجوز بيع السرجين؛ لاتفاق أهل الأمصار فى جميع الأعصار على بيعه من غير إنكار. ولأنه يجوز الانتفاع به فجاز بيعه كسائر الأشياء.

واحتج أصحابنا بحديث ابن عباس السابق أن النبى ﷺ قال: «إِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ عَلَى قَوْمٍ شَيْئًا حَرَّمَ عَلَيْهِمْ ثَمَنَهُ»[٢]، وهو حديث صحيح كما سبق بيانه قريبا.

وهذا عام إلا ما خرج بدليل كالحمار والعبد وغيرهما.

ولأنه نجس العين فلم يجز بيغه كالعذرة فإنهم وافقوا على بطلان بيعها مع أنه ينتفع بها.

وأما الجواب عما احتجوا به فهو ما أجاب به الماوردى أن بيعه إنما يفعله الجهلة والأرذال فلا يكون ذلك حجة فى دين الإسلام.

وأما قولهم: إنه منتفع به فأشبه غيره، فالفرق أن هذا نجس بخلاف غيره.

فرع: جلد الميتة لا يجوز بيعه عندنا وعند الجمهور قبل الدباغ، وجوزه أبو حنيفة، ودليل المذهبين نحو ما سبق فى الفرع قبله، وممن حكى بطلان بيعه عن الجمهور العبدرى فى أول كتاب الطهارة.

فرع: اتفق أصحابنا وغيرهم على أنه لو كان له كلاب فيها منفعة مباحة ككلب الصيد والزرع فمات قسمت بين ورثته، كما يقسم السرجين وجلود الميتة وغير ذلك من النجاسات المنتفع بها.

فرع: الوصية بالكلب المنتفع به، والسرجين ونحوها من النجاسات جائزة بالاتفاق، وفى إجارة الكلب وهبته وجهان مشهوران.

أصحهما: البطلان، وسنوضح كل ذلك فى موضعه إن شاء الله تعالى، ويورث الكلب بلا خلاف، وممن نقل الاتفاق عليه الدارمى.

---

(١) سقط فى ط.

(٢) تقدم.

فرع: قال الدارمى[١]: يجوز قسمة الكلاب وليست بيعا.

وقال البغوى فى كتابه شرح مختصر المزنى: إذا مات وخلف كلابا ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يقسم بالقيمة.

وقال: وهذا ضعيف؛ لأنه لا قيمة.

والثانى: يقسم على طريق الانتفاع.

وقيل: على طريق نقل اليد.

والثالث: لا يقسم بل يترك بين الورثة؛ كما لو خلف ورثة وجوهرة لا تقسم، بل تترك بينهم، هذا ما حكاه البغوى.

والأصح: أنها تقسم باعتبار قيمتها عندما يرى لها قيمة كما فى نظائره، والله أعلم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: فأما اقتناؤها فينظر فيه:

فإن لم يكن فيها منفعة مباحة، كالخمر والخنزير والميتة والعذرة لم يجز اقتناؤها؛ لما روى أنس - رضى الله عنه - قال: «سَأَلَ رَجُلٌ النَّبِى ﷺ عَنِ الْخَمْرِ تُصْنَعُ خَلًا؟ فَكَرِهَهُ وَقَالَ: أَهْرِقْهَا».

ولأن اقتناء ما لا منفعة فيه سفه، فلم يجز.

فإن كان فيه منفعة مباحة؛ كالكلب، جاز اقتناؤه للصيد والماشية والزرع؛ لما روى سالم بن عبد الله عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «مَنِ اقْتَنَى كَلْبًا إِلَّا كَلْبَ صَيْدٍ أَوْ مَاشِيَةٍ نَقَصَ مِنْ أَجْرِهِ كُلَّ يَوْمٍ قِيرَاطَانِ».

وفى حديث أبى هريرة: «إِلَّا كَلْبَ صَيْدٍ أَوْ مَاشِيَةٍ أَوْ زَرْعٍ».

ولأن الحاجة تدعو إلى الكلب فى هذه المواضع فجاز اقتناؤه.

وهل يجوز اقتناؤه لحفظ الدروب؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ للخبر.

والثانى: يجوز؛ لأنه حفظ مال فأشبه الزرع والماشية.

وهل يجوز لمن لا يصطاد أن يقتنيه ليصطاد به إذا أراد؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ للخبر.

---

(١) فى أ: الرازى.

والثانى: لا يجوز؛ لأنه لا حاجة به إليه.

وهل يجوز اقتناء الجرو للصيد والزرع والماشية؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأنه ليس فيه منفعة يحتاج إليها.

والثانى: يجوز؛ لأنه إذا جاز اقتناؤه للصيد جاز اقتناؤه لتعليم ذلك.

وأما السرجين فإنه يكره اقتناؤه وتربية الزرع به؛ لما فيه من مباشرة النجاسة.

الشرح: أما حديث أنس فرواه مسلم فى صحيحه بمعناه عن أنس: «أَنَّ النَّبِى ﷺ: سُئِلَ عَنْ الْخَمْرِ تُتَّخَذُ خَلًّا فَقَالَ: لَا »[(١)].

وفى الصحيح أحاديث كثيرة صريحة فى إراقة الخمر.

منها: حديث لأبى سعيد قال: «سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ اللَّهَ يُعَرِّضُ بِالْخَمْرِ، وَلَعَلَّ اللَّهَ سَيُنْزِلُ فِيهَا، فَمَنْ كَانَ عِنْدَهُ مِنْهَا شَىء فَلْيَبِعْهُ وَلْيَنْتَفِعْ بِهِ، قَالَ: فَمَا لَبِثْنَا إِلَّا يَسِيرًا حَتَّى قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ الْخَمْرَ، فَمَنْ أَدْرَكَتْهُ هَذِهِ الْآيَةُ وَعِنْدَهُ مِنْهَا شَىء فَلَا يَشْرَبُهُ وَلَا يَبِيعُهُ فَاسْتَقْبَلَ النَّاسُ بِمَا كَانَ عِنْدَهُمْ مِنْهَا فِى طُرُقِ الْمَدِينَةِ فَسَفَكُوهَا »[(٢)] رواه مسلم.

وعن ابن عباس رضى الله عنهما: «أَنَّ رَجُلًا أَهْدَى لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ رِوَايَةَ خَمْرٍ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: هَلْ عَلِمْتَ أَنَّ اللَّهَ قَدْ حَرَّمَهَا؟ قَالَ لَا فَسَارَرَ إِنْسَانًا فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: بِمَ سَارَرْتَهُ؟ قَالَ: أَمَرْتُهُ بِبَيْعِهَا فَقَالَ: إِنَّ الَّذِى حَرَّمَ شُرْبَهَا حَرَّمَ بَيْعَهَا، فَفَتَحَ الْمَزَادَةَ حَتَّى ذَهَبَ مَا فِيهَا »[(٣)] رواه مسلم.

وفى الصحيحين عن أنس: «أَنَّهُ لَمَّا نَزَلَ تَحْرِيمُ الْخَمْرِ أَمَرَهُ أَبُو طَلْحَةَ أَنْ يُرِيقَ الْخَمْرَ الَّتِى كَانَتْ عِنْدَهُمْ فَأَرَاقَهَا »[(٤)]، وعن أنس: «أَنَّ أَبَا طَلْحَةَ سَأَلَ النَّبِى ﷺ عَنْ

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٥٧٣) فى كتاب الأشربة باب تحريم تخليل الخمر (١١/ ١٩٨٣)، والبيهقى فى الكبرى (٦/ ٣٧) فى كتاب الرهن باب العصير المرهون يصير خمرًا.

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٠٥) فى كتاب المساقاة باب تحريم بيع الخمر (٦٧/ ١٥٧٨)، والبيهقى (٦/ ١١) فى كتاب البيوع باب تحريم التجارة فى الخمر.

(٣) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٠٦) (٦٨/ ١٥٧٩)، والبيهقى فى الكبرى (٦/ ١١) فى نفس المصدر السابق.

(٤) أخرجه البخارى (١١/ ١٥٧) فى كتاب الأشربة باب نزول تحريم الخمر وهى من البسر والتمر (٥٥٨٢و ٥٥٨٣)، ومسلم (٣/ ١٥٧٠ - ١٥٧١) فى كتاب الأشربة باب تحريم الخمر (٣و٤و٥و٦و٧/ ١٩٨٠).

أَيْتَامٍ وَرِثُوا خَمْرًا قَالَ: أَهْرِقْهَا، قَالَ: أَفَلَا أَجْعَلُهَا خَلًّا؟ قَالَ: لَا »[١] رواه أبو داود بإسناد صحيح أو حسن.

وأما حديث ابن عمر[٢] وأبى هريرة[٣] فرواه البخارى ومسلم من طرق فى بعضها: «أَنَقَصَ مِنْ أَجْرِهِ كُلَّ يَوْمٍ قِيرَاطَانِ»، وفى بعضها: قيراط؛ قال صاحب البحر: والقيراط: عبارة عن جزء من عمله، قال: واختلفوا فى المراد به فقيل: ينقص من ماضى عمله، وقيل: من مستقبله؛ قال: واختلفوا فى محل نقص القيراطين، فقال: قيراط من عمل النهار، وقيراط من عمل الليل، وقيل: قيراط من عمل الفرض، وقيراط من عمل النفل، هذا كلامه.

وأما اختلاف الرواية فى قيراط وقيراطين فقيل: يحتمل أنه لنوعين من الكلاب أحدهما أشد ضررا، أو لمعنى فيهما، أو يكون ذلك مختلفا باختلاف المواضع، فيكون القيراطان فى المدينة خاصة لزيادة فضلها، والقيراط فى غيرها، أو القيراطان فى القرى والقيراط فى البرارى، أو أنه فى زمنين، فذكر القيراط ثم زاد التغليظ فذكر قيراطان وقد أوضحت هذا مع سبب النقص وما يتعلق به فى شرح صحيح مسلم - رضى الله عنه - والله سبحانه أعلم، وسالم المذكور هو ابن عبد الله بن عمر ابن الخطاب - رضى الله عنهم - والجرو، بكسر الجيم وفتحها والكسر أفصح، وحكى الجوهرى ضمها.

أما الأحكام ففيها مسائل:

إحداها: لا يجوز اقتناء الخنزير سواء كان فيه عدوى تعدو[٤] الناس أم لم يكن، لكن إن كان فيه عدوى وجب قتله قطعا، وإلا فوجهان:

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٥١) فى كتاب الأشربة باب ما جاء فى الخمر تخلل (٣٦٧٥)، وبمثله عن الترمذى (٢/ ٥٦٦) فى باب ما جاء فى بيع الخمر والنهى عن ذلك (١٢٩٣)، والطبرانى فى الكبير (٤٧١٢)، (٤٧١٣)، (٤٧١٤)، الدارقطنى (٤/ ٢٦٥).

(٢) أخرجه البخارى (١١/ ٣١) فى كتاب الذبائح والصيد باب من اقتنى كلبًا ليس بكلب صيد أو ماشية (٥٤٨٠و ٥٤٨١ و٥٤٨٢)، ومسلم (٣/ ١٢٠١) فى المساقاة باب الأمر بقتل الكلاب (٥٠/ ١٥٧٤).

(٣) أخرجه البخارى (٥/ ٥) فى كتاب الحرث والمزارعة باب اقتناءالكلب للحرث (٢٣٢٢)، ومسلم (٣/ ١٢٠٣) فى المساقاة باب الأمر بقتل الكلاب (٥٨/ ١٥٧٥).

(٤) فى أ: على.

أحدهما: يجب قتله.

والثانى: يجوز قتله، ويجوز إرساله وهو ظاهر نص الشافعى، وقد ذكر المصنف المسألة فى آخر كتاب السير، وهناك نبسطها إن شاء الله تعالى.

وهذا الخلاف فى وجوب قتله كما ذكرنا، وأما اقتناؤه فلا يجوز بحال، كذا صرح به المصنف والرويانى وآخرون.

الثانية: يكره اقتناء العذرة والميتة.

وقال المصنف ومن تابعه: لا يجوز، وظاهره التحريم، وليس هو على ظاهره بل هو محمول على كراهة التنزيه، وقد سبق بيان مثل هذه العبارة فى باب الاستطابة فى قوله: لا يجوز أن يستنجى بيمينه.

الثالثة: الخمر ضربان:

محترمة.

وغيرها وسبق بيانها فى باب إزالة النجاسة.

والمحترمة يجوز إمساكها، وغير المحترمة يحرم إمساكها، وسبق بيان هذا كله ودليله فى باب إزالة النجاسة.

الرابعة: يكره اقتناء السرجين والوقود به وتربية الزرع والبقول؛ لما ذكره المصنف وهى كراهة تنزيه.

وأشار الرويانى إلى وجه: أنه مباح لا مكروه وسبق فى إزالة النجاسة بيان حكم الزرع والبقل والنابت منه.

الخامسة: قال الشافعى والأصحاب: لا يجوز اقتناء الكلب الذى لا منفعة فيه، وحكى الرويانى عن أبى حنيفة جوازه.

دليلنا: الأحاديث السابقة.

قال الشافعى والأصحاب: ويجوز اقتناء الكلب للصيد أو الزرع أو الماشية بلا خلاف؛ لما ذكره المصنف، وفى جواز إيجاده لحفظ الدور والدروب وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما:

أصحهما: الجواز، وهو المنصوص فى المختصر.

قال الشافعى: لا يجوز اقتناء الكلب إلا للصيد أو ماشية [أو زرع][1] وما فى

---

(١) فى أ: والزرع.

معناها.

هذا نصه فى المختصر.

قال القاضى حسين فى تعليقه: وفى جواز إيجاده فى السفر للحراسة الوجهان:

أصحهما: الجواز.

وفى جواز تربية الجرو للصيد أو الزرع أو غيرهما مما يباح اقتناء الكبير له فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما.

أصحهما: الجواز.

ولو أراد إيجاد الكلب ليصطاد به إذا أراد ولا يصطاد به فى الحال أو ليحفظ الزرع أو الماشية إذا سارا له فوجهان:

أصحهما: الجواز.

واتفق الأصحاب على أنه يجوز اقتناء الكلب الكبير لتعلم الصيد وغيره وإنما الوجهان فى الجرو.

أما إذا اقتنى كلب صيد ولا يريد أن يصطاد به فى الحال ولا فيما بعد؛ فظاهر كلام الجمهور القطع بتحريمة.

وذكر صاحب الشامل: أن الشيخ أبا حامد حكى عن القاضى أبى حامد فيه وجهين:

أحدهما: يجوز؛ لأنه كلب صيد، وقد قال [رسول الله] ﷺ: «إِلَّا كَلْبَ صَيْدٍ».

وأصحهما: لا يجوز؛ لأنه اقتناء لغير حاجة، فأشبه غيره من الكلاب، ومعنى الحديث: إلا كلبا يصطاد به، وممن حكى الوجهين صاحب البيان أيضا.

فرع: أما اقتناء[1] ولد الفهد فالمشهور جوازه؛ كالقرد والفيل وغيرهما.

وحكى صاحب البحر فيه طريقين.

المذهب: القطع بجوازه.

والثانى: فيه وجهان، حكاهما القاضى أبو على البندنيجى، والله أعلم.

فرع: قال أصحابنا: الكلب العقور والكلب يقتلان؛ للحديث الصحيح أن رسول الله ﷺ قال: «خَمْسٌ يُقْتَلْنَ فِى الْحِلِّ وَالْحَرَمِ، مِنْهَا الْكَلْبُ الْعَقُورُ».

---

(١) فى أ: إذا اقتنى.

قال أصحابنا: وإن لم يكن الكلب عقورا ولا كلبا لم يجز قتله، سواء كان فيه منفعة أم لا، وسواء كان أسود أم لا، وهذا كله لا خلاف فيه بين أصحابنا.

وممن صرح به: القاضي حسين وإمام الحرمين.

قال إمام الحرمين: الأمر بقتل الكلب الأسود وغيره كله منسوخ، فلا يحل قتل شيء منها اليوم، لا الأسود ولا غيره إلا [الكلب العقور][(١)].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وأما النجس بملاقاة النجاسة فهو الأعيان الطاهرة إذا أصابتها نجاسة، فينظر فيها، فإن كان جامدا كالثوب وغيره، جاز بيعه؛ لأن البيع يتناول[(٢)] الثوب، وهو طاهر، وإنما جاورته النجاسة.

وإن كان مائعا نظرت:

فإن كان مما لا يطهر كالخل والدبس، لم يجز بيعه؛ لأنه نجس لا يمكن تطهيره من النجاسة، فلم يجز بيعه كالأعيان النجسة.

وإن كان ماء، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز بيعه؛ لأنه نجس لا يطهر بالغسل، فلم يجز بيعه كالخمر.

والثاني: يجوز بيعه؛ لأنه يطهر بالماء فأشبه الثوب.

فإن كان دهنا فهل يطهر بالغسل؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يطهر؛ لأنه لا يمكن عصره من النجاسة، فلم يطهر كالخل.

والثاني: يطهر؛ لأنه يمكن غسله بالماء؛ فهو كالثوب.

فإن قلنا: لا يطهر لم يجز بيعه كالخل.

وإن قلنا: يطهر ففي بيعه وجهان كالماء النجس، ويجوز استعماله في السراج، والأولى ألا يفعل لما فيه من مباشرة النجاسة.

الشرح: قوله: «لأنه لا يمكن عصره من النجاسة، فلم يطهر كالخل» هذا تعليل فاسد؛ لأنه يقتضي أن المنع من طهارة الخل ونحوه والدهن؛ إنما هو لتعذر العصر، وقد علم أن الصحيح أنه لا يشترط العصر في طهارة المغسول من النجاسة، بل التعليل الصحيح: أنه لا يدخل الماء جميع أجزائه بخلاف الثوب ونحوه.

---

(١) في أ: العقور والكلب.
(٢) في أ: تناول.

أما الأحكام ففيها مسائل:

إحداها: إذا كانت العين متنجسة بعارض - وهى جامدة كالثوب والبساط والسلاح والجلود والأوانى والأرض وغير ذلك - جاز بيعها بلا خلاف؛ لما ذكره المصنف ونقلوا فيه إجماع المسلمين.

قال أصحابنا: فإن تستر شىء من ذلك بالنجاسة الواردة ففيه القولان فى بيع الغائب.

الثانية: إذا كانت العين الطاهرة المتنجسة بملاقاة النجاسة مائعة فينظر:

إن كانت لا يمكن تطهيرها كالخل واللبن والدبس والعسل والمرق ونحو ذلك، لم يجز بيعها بلا خلاف، لما ذكره المصنف ونقلوا فيه إجماع المسلمين.

وأما الصبغ النجس، فالمشهور الذى قطع به الجمهور: أنه لا يجوز بيعه كالخل ونحوه، وشذ المتولى فحكم فيه طريقين:

أحدهما: هذا.

والثانى: أن فى جواز بيعه طريقين؛ كالزيت النجس.

أصحهما: لا يجوز؛ لأنه لا يمكن تطهيره، بخلاف الزيت على الوجه القائل بجواز بيعه، وإنما يصبغ الناس به ثم يغسلون الثوب.

وممن حكى الوجه الشاذ فى جواز بيع الصبغ النجس القاضى حسين والرويانى وطرده القاضى حسين فى الخل المتنجس.

قال: لأنه يصبغ به.

الثالثة: هل يجوز بيع الماء النجس؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما.

أصحهما: لا يجوز، وبه قطع الغزالى فى البسيط.

قال الرويانى: وفيه طريق آخر وهو الجزم ببطلان بيعه؛ لأنه لا يطهر بل يستحيل ببلوغه قلتين من صفة النجاسة إلى الطهارة: كالخمر تتخلل.

الرابعة: الدهن النجس ضربان:

ضرب نجس العين؛ كودك الميتة، فلا يجوز بيعه بلا خلاف، ولا يطهر بالغسل.

والضرب الثانى: متنجس بالمجاورة؛ كالزيت والشيرج والسمن ودهن الحيوان[١]

(١) فى أ: الجوز.

وغيره.

فهذا كله هل يطهر بالغسل؟ فيه وجهان مشهوران:

أحدهما: يطهر كله.

والثاني: لا يطهر، ودليلهما فى الكتاب.

وفى المسألة وجه ثالث: أنه يطهر الزيت ونحوه، ولا يطهر السمن، وممن ذكر هذا الوجه القاضى أبو الطيب والرويانى.

وهو شاذ، والصحيح عند الأصحاب: أنه لا يطهر شىء من الأدهان بالغسل، وهو ظاهر نص الشافعى، وبه قال أبو على الطبرى.

قال صاحب الحاوى: وهو مذهب الشافعى وجمهور أصحابه.

والوجه الثانى: يطهر الجميع بالغسل، وهو قول ابن سريج وأبى إسحاق المروزى، واختاره الرويانى.

قال أصحابنا: ؛ فإن قلنا: لا يطهر بالغسل لم يجز بيعه وجها واحدا.

وإن قلنا: يطهر بالغسل ففى صحة بيعه وجهان:

أصحهما باتفاق الأصحاب: لا يجوز بيعه، وبه قال أبو إسحاق المروزى، وممن صححه القاضى أبو الطيب فى تعليقه والماوردى والمتولى، وقطع به البغوى، وهو المنصوص فى مختصر المزنى فى أول الباب الثالث من كتاب الأطعمة.

والوجه الثانى: يجوز بيعه، وهذا الوجه خرجه ابن سريج من بيع الثوب النجس.

قال القاضى أبو الطهب فى تعليقه: هذا تخريج باطل ومخالف لنص الشافعى، [هذا ترتيب الأصحاب وهو الصواب.

وقال الغزالى فى الوسيط والبسيط][1] وإمام الحرمين فى النهاية: إن قلنا: يطهر الدهن بالغسل جاز بيعه قبل الغسل وجها واحدا؛ كالثوب.

وإن قلنا: لا يطهر فوجهان.

وهذا الترتيب غلط عند الأصحاب، ومخالف للدليل ولنص الشافعى، ولما اتفق عليه الأصحاب، وإمام الحرمين والغزالى منفردان به، فلا يعتد به، ولا يقترن بقولهما، والله تعالى أعلم.

---

(١) سقط فى ط.

فرع: إذا قلنا بالضعيف: إن الدهن يطهر بالغسل، وقد قال الماوردى: طريقه أن يراق الدهن فى قلتين من الماء، ويحرك أشد تحريك، حتى يصل الماء إلى جميع أجزائه، ولم يتعرض الجمهور لاشتراط القلتين.

والصواب: أنه إن أورد الدهن على الماء اشترط كون الماء قلتين، وإن أورد الماء لم يشترط كونه قلتين، بل يشترط فيه الغلبة للدهن؛ كما فى غسل سائر النجاسات.

فرع: مما استدلوا به للمذهب من أن الدهن المتنجس لا يطهر بالغسل - الحديث فى الفأرة تقع فى السمن، فلم يأمر النبى ﷺ بالغسل مع نهيه عن إضاعة المال.

فرع: نص الشافعى - رحمه الله تعالى - فى مختصر المزنى فى أول الباب الثالث من كتاب الأطعمة على جواز الاستصباح بالزيت النجس، وبهذا قطع المصنف وسائر العراقيين، وكثير من الخراسانيين، وهو المذهب.

وذكر أكثر الخراسانيين فى جوازه قولين.

أصحهما: جوازه.

والثانى: تحريمه؛ لأنه يؤدى إلى ملابسته وملابسة دخانه، ودخانه نجس على الأصح.

والخلاف فى جواز الاستصباح جار فى الزيت النجس والسمن والشيرج، وسائر الأدهان المتنجسة بعارض، وفى ودك الميتة أيضا.

والصحيح فى الجميع: جواز الاستصباح، وقد سبقت المسألة واضحة فى آخر باب ما يجوز لبسه.

قال إمام الحرمين: أطلق الأئمة الخلاف فى جواز الاستصباح، وفيه تفصيل عندى: فإن كان السراج الذى فيه الدهن النجس بعيدا، بحيث لا يلقى دخانه المتنجس[1] به، فلست أرى لتحريم هذا وجها، فإن الانتفاع بالنجاسات لا يمنع، وكيف يمنع مع تجويز تزبيل الأرض وتدميلها بالعذرة؟

قال: ولعل الخلاف فى جواز الاستصباح ناشئ من لحوق الدخان، وفيه تفصيل نذكره.

أما رماد الأعيان النجسة، فنجس على المذهب، وفيه وجه ضعيف.

---

(١) فى أ: المستضىء.

وأما دخان الأعيان النجسة إذا أحرقت وقلنا: رمادها نجس، ففى دخانها وجهان: **أصحهما**: نجس، وبه كان يقطع شيخى.

وأما الدهن النجس فى عينه كودك الميتة ففى دخانه الخلاف الذى ذكرناه.

وأما الدهن المتنجس بعارض، فدخانه أجزاء الدهن، وما وقع فيه ونجسه لا يختلط بالدخان، فيظهر فى هذا الدخان الحكم بالطهارة، فإن الذى خالط الدهن يتخلف قطعا، والدخان محض أجزاء الدهن.

قال: ولا يمنع على بعد أن يطرد الخلاف فى جواز الاستصباح، وإن بعد السراج؛ لأن هذا ممارس نجاسة مع الاستغناء عنها، بخلاف التزبيل فإنه لا يسد مسده شىء، فكان فى حكم الضرورة.

هذا آخر كلام الإمام.

فرع: فى مذاهب العلماء فى بيع الزيت النجس والسمن النجس:

ذكرنا أن المشهور من مذهبنا: أنه لا يمكن غسله، ولا يصح بيعه، وبه قال مالك[١] وأحمد وجماهير العلماء.

وقال أبو حنيفة وأصحابه والليث بن سعد: يمكن غسله، ويجوز بيعه قبل غسله كالثوب النجس، وكما يجوز الاستصباح به والوصية به، والصدقة والهبة.

وقال داود: يجوز بيع الزيت دون السمن، وسبقت المسألة فى آخر كتاب الأطعمة.

واحتج أصحابنا بحديث ابن عباس السابق قريبا فى مسألة منع بيع الكلب أن النبى ﷺ قال: «إن الله إذا حرم على قوم أكل شىء حرم عليهم ثمنه» وهو حديث صحيح

(١) قال فى أسهل المدارك وكذلك لا يصح بيع المتنجس الذى لا يمكن تطهيره كزيت وعسل وسمن وقعت فيه نجاسة على المشهور، فإن الزيت لا يطهر بالغسل، وبعضهم يقول: إن بيع الزيت المتنجس ونحوه صحيح؛ لأن نجاسته لا توجب إتلافه؛ فإن بعضهم يقول: إن الزيت يمكن تطهيره بالغسل. أما المتنجس الذى يمكن تطهيره كالثوب فإنه يجوز بيعه، ويجب على البائع أن يبين ما فيه من النجاسة فإن لم يبين كان للمشترى حق الخيار ا.هـ. وإلى ذلك أشار الدردير بقوله: فلا يباع كزبل وجلد ميتة ولو دبغ، وخمر وزيت تنجس ا.هـ. انظر شراح خليل. وأما قول ابن عاصم فى تحفة الحكام:

ونجس صفقته محظورة ورخصوا فى الزبل للضرورة

انظر الصاوى وغيره تجد فيه أقوال أئمة المذهب. والله أعلم بالصواب. ينظر أسهل المدارك (٢/ ٢٥٩).

كما سبق.

وبحديث الفأرة تقع فى السمن، وقد سبق بيانه وإيضاح طرقه فى آخر باب الأطعمة.

وبالقياس على اللبن والخل ونحوهما إذا وقعت فيها نجاسة.

والجواب عن قياسهم على الثوب: أنه يمكن غسله بالإجماع بخلاف الدهن.

ولأن المنفعة المقصودة بالثوب هى اللبس، وهو حاصل مع أنه نجس، والمنفعة المقصودة بالزيت الأكل، وهو حرام.

وأما جواز الاستصباح به فلا يلزم منه جواز البيع، كما أنه يجوز إطعام الميتة للجوارح ولا يجوز بيعها.

وأما الوصية به فمبناها على الرفق والمساهلة، ولهذا احتملت أنواعا من الغرر.

وأما الصدقة فكالوصية، وكذلك الهبة إن صححناها.

وفيها خلاف سنوضحه قريبا متصلا بهذا إن شاء الله تعالى.

فرع: قال الرويانى: قال أصحابنا: لا تجوز هبة الزيت النجس ولا التصدق به.

قال: وأرادوا بذلك على سبيل التمليك، فأما على سبيل نقل اليد فيجوز كما قلنا فى الكلب. هذا كلام الرويانى.

وأما قوله: بجواز[1] نقل اليد فهو كما قال، ولا يجىء فيه خلاف، وأما تملكه[2] بالهبة والصدقة فينبغى أن يكون على الوجهين فى الكلب، وأولى بالجواز.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وأما الأعيان الطاهرة فضربان:

ضرب لا منفعة فيه.

وضرب فيه منفعة.

فأما ما لا منفعة فيه: فهو كالحشرات والسباع التى لا تصلح للاصطياد، والطيور التى لا تؤكل ولا تصطاد؛ كالرخمة والحدأة وما لا يؤكل من الغراب، فلا يجوز بيعه؛ لأن ما لا منفعة فيه لا قيمة له، فأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل وبذل العوض فيه من السفه.

---

(١) فى أ: لا يجوز.

(٢) فى أ: تمليكه.

الشرح: قد قدمنا أن شروط المبيع خمسة:

إحداها: أن يكون منتفعا به، وهذا شرط لصحة البيع بلا خلاف.

قال أصحابنا: ولعدم المنفعة سببان:

أحدهما: القلة؛ كالحبة والحبتين من الحنطة والزبيب ونحوهما، فإن هذا القدر لا يعد مالا، قالوا: ولا ينظر إلى حصول النفع به إذا ضم إليه غيره ولا إلى ما قد يفرض من وضع الحبة فى فخ يصطاد به؛ لأن هذه منفعة لا تقصد.

قال أصحابنا: لا فرق فى هذا كله بين زمن الرخص والغلاء.

قال أصحابنا: ولا خلاف أنه لا يجوز أخذ هذه الحبة من صبرة الغير، فإن أخذها كان عاصيا ولزمه ردها، فإن تلف فوجهان:

الصحيح: أنه لا ضمان فيها؛ إذ لا مالية لها.

والثانى - وهو قول القفال -: يلزمه ضمان مثلها؛ لأنها مثلية.

وهذا الذى ذكرناه من بطلان بيع الحبة ونحوها مما لا منفعة فيه لقلته هو المذهب، وبه قطع الأصحاب فى كل الطرق، وشذ المتولى فحكى وجها ضعيفا: أنه يصح بيعه وليس بشىء.

السبب الثانى: الحية؛ كالحشرات فلا يجوز بيعها.

قال أصحابنا: الحيوان الطاهر المملوك من غير الآدمى قسمان:

قسم ينتفع به فيجوز بيعه؛ كالإبل والبقر والغنم والخيل والبغال والحمير والظباء والغزلان والصقور والبزاة والفهود والحمام والعصافير والعقاب، وما ينتفع بلونه كالطاوس، أو صوته كالزرزور والببغاء والعندليب، وكذلك القرد والفيل والهرة ودود القز والنحل، فكل هذا وشبهه يصح بيعه بلا خلاف؛ لأنه منتفع به.

وهذا الذى ذكرناه من صحة بيع النحل هو إذا شاهده المتعاقدان فإن لم يشاهدا جميعه ففيه تفصيل وخلاف، وسنوضحه فى الباب الذى بعد هذا - إن شاء الله تعالى - حيث ذكره المصنف.

قال أصحابنا: ويجوز بيع الجحش الصغير بلا[1] خلاف؛ لأنه يئول إلى المنفعة، والله أعلم.

---

(١) فى أ: ولا.

القسم الثانى من الحيوان: ما لا ينتفع به، فلا يصح بيعه وذلك كالخنافس والعقارب والحيات والديدان والفأرة والنمل وسائر الحشرات ونحوها.

قال أصحابنا: ولا نظر[1] إلى منافعها المعدودة من خواصها؛ لأنها منافع تافهة.

قال أصحابنا: وفى معناه السباع التى لا تصلح للاصطياد ولا القتال عليها، ولا تؤكل كالأسد والذئب والنمر والدب وأشباهها فلا يصح بيعها؛ لأنه لا منفعة فيها.

قال أصحابنا: ولا ينظر إلى اقتناء الملوك لها للهيبة والسياسة.

هذا هو المذهب والمنصوص، وبه قطع المصنف وسائر العراقيين وجمهور الخراسانيين.

وحكى القاضى حسين وإمام الحرمين والغزالى وجماعة آخرون من الخراسانيين وجها شاذا ضعيفا: أنه يجوز بيع السباع؛ لأنها طاهرة والانتفاع بجلودها بالدباغ متوقع، وضعفوا هذا الوجه بأن المبيع فى الحال غير منتفع به، ومنفعة الجلد غير مقصودة، ولهذا لا يجوز بيع الجلد النجس بالاتفاق وإن كان الانتفاع به بعد الدباغ ممكنا، والله أعلم.

قال الرافعى: ونقل أبو الحسن العبادى - رحمه الله - وجها: أنه يجوز بيع النمل فى عسكر مكرم، وهى المدينة المشهورة بالمشرق، قال: لأنه يعالج به السكر، وبنصيبين؛ لأنه يعالج به العقارب الطيارة، وهذا الوجه شاذ ضعيف.

وأما الحدأة والرخمة والنعامة[2] والغراب الذى لا يؤكل فلا يجوز بيعها، هكذا قطع به جماهير الأصحاب، قال إمام الحرمين: إن كان فى أجنحة بعضها فائدة جاء فيها الوجه السابق فى بيع السباع لجلودها.

قال الرافعى إنكارا على الإمام: بينهما فرق؛ فإن الجلود تدبغ ولا سبيل إلى تطهير الأجنحة.

قلت: وجه الجواز - على ضعفه - الانتفاع بريشها فى النبل، فإنه وإن قلنا: بنجاسته، يجوز الانتفاع به فى النبل وغيره من اليابسات، والله تعالى أعلم.

فرع: العلق - وهو هذا الدود الأسود والأحمر الذى يخرج من الماء، وعادته أن

---

(١) فى أ: ينظر.

(٢) فى أ: والبغاشة.

يلقى على العضو الذى ظهر فيه غلبة الدم فيمص دمه - هل يجوز بيعه؟ فيه طريقان.

أصحهما - وبه قطع إمام الحرمين والغزالى والبغوى فى شرح المختصر وآخرون[١] -: يجوز؛ لأن فيه غرضا مقصودا وهو امتصاصه الدم من العضو المتألم.

والطريق الثانى: فيه وجهان وممن حكاه المتولى.

أصحهما: يجوز.

والثانى: لا؛ لأنه حيوان مؤذ؛ كالحية والعقرب.

فرع: اتفق أصحابنا على جواز بيع العبد الزمن؛ لأنه ينتفع به للإعتاق فإنه يثاب على عتقه بلا خلاف.

وأما الحمار الزمن والبغل الزمن فلا يجوز بيعهما على المذهب، وبه قطع كثيرون وحكى القاضى حسين وإمام الحرمين والغزالى وغيرهم وجها: أنه يجوز بيعه للانتفاع بجلده بعد الدباغ، وهو الوجه السابق فى بيع السباع التى لا تصطاد.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: واختلف أصحابنا فى بيع دار لا طريق لها أو بيع بيت من دار لا طريق إليه: فمنهم من قال: لا يصح؛ لأنه لا يمكن الانتفاع به، فلم يصح بيعه.

ومنهم من قال: يصح؛ لأنه يمكن أن يحصل له طريق فينتفع به فيصح بيعه.

الشرح: هذان الوجهان مشهوران.

أصحهما: صحة البيع.

قال أصحابنا الخراسانيون: لو باع أرضا معينة محفوفة بملك البائع من جميع الجوانب، فإن شرط للمشترى حق الممر من جانب واحد ولم يعينه، لم يصح البيع لاختلاف الغرض بالممر، وإن شرط الممر من جانب معين صح البيع.

فإن قال: بعتها[٢] بحقوقها، صح البيع، وثبت للمشترى حق الممر من كل جانب، كما كان للبائع قبل البيع.

وإن أطلق بيعها ولم يتعرض للممر فوجهان:

---

(١) فى أ: والأكثرون.
(٢) فى أ: بعتكها.

أصحهما: يصح، ويكون كما لو قال: بعتكها بحقوقها.

والثانى: أنه لا يقتضى الممر، فعلى هذا هو كما لو صرح بنفى الممر، وفيه وجهان:

أصحهما: بطلان البيع؛ لعدم الانتفاع فى الحال.

والثانى: الصحة؛ لإمكان تحصيل الممر.

وقال البغوى: إن أمكن تحصيل ممر صح البيع وإلا فلا، قالوا: ولو كانت الأرض المبيعة ملاصقة للشارع صح البيع، ومر البائع[١] إليها من الشارع، وليس له سلوك ملك البائع؛ لأن العادة فى مثلها الدخول من الشارع، فحمل الإطلاق عليه، وإن كانت ملاصقة ملك المشترى لم يكن المرور فيما بقى للبائع، بل يدخل المشترى من ملكه القديم الملاصق.

وذكر إمام الحرمين فيه احتمالا قال: والصورة فيما إذا أطلق البيع. أما إذا قال: بحقوقها، فله الممر فى ملك البائع.

أما إذا باع دارا واستثنى لنفسه بيتا فله الممر؛ لأن الممر كان ثابتا فبقى، فإن شرط نفى الممر نظر:

إن أمكن إيجاد[٢] ممر صح البيع، وإلا فوجهان:

أصحهما: بطلان البيع، وبه قطع بعضهم؛ كمن باع ذراعا من ثوب تنقص قيمته بقطعه.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: وأما ما فيه منفعة فلا يجوز بيع الحر منه؛ لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «قَالَ رَبُّكُمْ: ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَمَنْ كُنْتُ خَصْمَهُ خَصَمْتُهُ: رَجُلٌ أَعْطَى بِى ثُمَّ غَدَرَ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُوَفِّهِ أَجْرَهُ».

الشرح: حديث أبى هريرة [٣] رواه البخارى إلا قوله: «وَمَنْ كُنْتُ خَصْمَهُ

---

(١) فى أ: المشترى.

(٢) فى أ: اتخاذ.

(٣) أخرجه البخارى (٥/ ١٦٨) فى كتاب البيوع باب إثم من باع حرًا (٢٢٢٧)، وطرفة فى (٢٢٧٠)، وأحمد (٢/ ٣٥٨)، وابن ماجة (٤/ ٩٢) فى كتاب الرهون باب أجر الأجراء (٢٤٤٢)، وابن الجارود (٥٧٩)، وأبو يعلى (١١/ ٤٤٤) (٦٥٧١)، والطحاوى =

خَصَمْتُهُ»، وهذه الزيادة رواها أبو يعلى الموصلى فى مسنده بإسناد ضعيف، ومعنى «أعطى بى»: عاهد إنسانا بى، وبيع الحر باطل بالإجماع.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: ولا يجوز بيع أم الولد؛ لما روى ابن عمر رضى الله عنه: «أَنَّ النَّبِى ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ أُمَّهَاتِ الأَوْلَادِ».

ولأنه استقر لها حق الحرية وفى بيعها إبطال ذلك فلم يجز.

الشرح: حديث ابن عمر(1) [رواه الدارقطنى].

أما حكم المسألة: فقال الشافعى والأصحاب: لا يجوز بيع أم الولد ولا هبتها ولا رهنها ولا الوصية بها، هكذا قطع به الأصحاب وتظاهرت عليه نصوص الشافعى.

ونقل الخراسانيون أن الشافعى مثل القول فى بيعها فى القديم فقال جمهورهم: ليس للشافعى فيه اختلاف قول، وإنما مثل القول إشارة إلى مذهب غيره.

وقال كثيرون من الخراسانيين: بل للشافعى قول قديم أنه يجوز بيع أم الولد، وممن حكاه صاحب التقريب، والشيخ أبو على السنجى والصيدلانى، والشيخ أبو محمد وولده إمام الحرمين والغزالى وغيرهم.

فعلى هذا القديم هل تعتق بموت السيد؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، وبه قال صاحب التقريب وأبو على السنجى.

وأصحهما: نعم، قاله الشيخ أبو محمد والصيدلانى وغيرهما كالمدبر.

قال إمام الحرمين: وعلى هذا، يحتمل أن تعتق من رأس المال، ويحتمل أن تعتق من الثلث.

قلت: الأقوى من رأس المال؛ لتأكد حقها، والله أعلم.

وإذا قلنا بالمذهب: إنه لا يجوز بيعها فقضى قاض بجوازه، فطريقان:

أحدهما - وهو الذى نقله الشيخ أبو على السنجى فى شرح التلخيص وإمام الحرمين وصاحب البيان وغيرهم -: أن فى نقض قضائه وجهين.

والثانى: أنه ينقض وجها واحدا، وهو الذى نقله الرويانى عن الأصحاب كلهم، ولم يحك غيره.

= (٤/ ١٤٢)، وابن حبان (٧٣٣٩)، والبيهقى (٦/ ١٤و ١٢١).

(١) أخرجه الدارقطنى فى سننه (٤/ ١٣٤)، وذكره الزيلعى فى نصب الراية (٣/ ٢٨٨)، وعزاه للدارقطنى عن ابن عمر مرفوعًا وموقوفًا.

قالوا: لأنه مجمع عليه الآن، وما كان فيه من خلاف فى القرن الأول فقد ارتفع وصار الآن مجمعا على بطلان بيعها، والله أعلم.

وقد حكى أصحابنا عن داود جواز بيعها(١) مع قولهم: إنه مجمع على بطلانه الآن فكأنهم لم يعتدوا بخلاف داود وقد سبق أن الأصح: أنه لا يعتد بخلافه ولا خلاف غيره من أهل الظاهر؛ لأنهم نفوا القياس، وشرط المجتهد أن يكون عارفا بالقياس.

وقالت الشيعة أيضا بجواز بيعها، ولكن الشيعة(٢) لا يعتد بخلافهم، والله

---

(١) قال فى المحلى أن كل مملوكة حملت من سيدها فأسقطت شيئا يدرى أنه ولد أو ولدته فقد حرم بيعها وهبتها ورهنها والصدقة بها وقرضها ولسيدها وطؤها واستخدامها مدة حياته فإذا مات فهى حرة من رأس ماله، وكل مالها هو لها إذا عتقت ولسيدها انتزاعه فى حياته فإن ولدت من غير سيدها بزنا أو إكراه أو نكاح بجهل فولدها بمنزلتها إذا عتقت عتقوا.

ويجوز لأم الولد أن تعتق عبدها ويكون الولاء لها يدور معها حيث دار. ينظر المحلى لأبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم ٩/٢١٧ .

(٢) قال فى البحر الزخار: أن أم الولد كالقن فى جواز الوطء والاستخدام اتفاقا لما رواه ابن عمر عن النبى ﷺ أنه نهى عن بيع أمهات الأولاد قال: لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن، يستمتع منها السيد ما دام حيا، فإذا مات فهى حرة قال الهادى والمؤيد بالله: وليس له تزويجها حتى يثبت عتقها، إذ قد ثبت فراشها الموجب للنسب والعدة فلا تنكح حتى يرتفع كفراش الزوجية.

وقال الامام يحيى والعترة: يجوز برضاها لا مع الإكراه لشبهها بالحرة لحصول سبب عتق لا يملك السيد إبطاله.

ويدل لنا أن هذا معارض بالقياس الذى ذكرنا، ولا قياس مع الفرق.

وعلى رأى من يجوز إنكاحها فإن ذلك يكون إلى الحاكم للخلاف.

وقال الإمام يحيى وابن أبى هريرة: يكون إنكاحها إلى الحاكم مع التشاجر وإلا فإلى السيد. قال العترة: وله تأجيرها وقال مالك رضى الله تعالى عنه: لا، لنهيه ﷺ عن خراج الأمة ويدل لنا قوله صلى الله عليه وسلم: «وليستمتع بها مدة حياته» ونهيه ﷺ متعلق بالخراج المحظور لقوله تعالى ﴿ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء﴾ وتجبر على الخدمة والاجارة لا التزويج، إذ ثبت لها سبب عتق ليس للمولى إبطاله كالمكاتبة، ويتبعها الأولاد ولا يبطل عتقهم بموتها قبل السيد لثبوت الحق لهم وإن ماتت رقيقة، وإذا وطئت بشبهة فالمهر للسيد لملكه المنافع وأرش جنايتها له لبقاء حكم الملك وجنايتها عليه إلى قيمتها ثم فى ذمتها إذ لا يصح استرقاقها ولا تتعدد القيمة بتعدد الجنايات ما لم يتخلل التسليم.

ومن وطىء أمته الرضيعة فلا حد مع الجهل ومع العلم وجهان:

أصحهما يحد لقوة وجه التحريم.

=

سبحانه أعلم.

والمعتمد فى تحريم بيع أم الولد ما رواه مالك والبيهقى وغيرهما بالأسانيد الصحيحة عن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - «أنه نهى عن بيع أمهات الأولاد»(١).

= والثانى: لا، إذ وطىء فى ملك كما لو وطىء حائضة ولو وطىء أمته المجوسية والوثنية ففيه هذان الوجهان وتصير بالعلوق أم ولد مع الجهل فى المسألتينلوقوعه فى ملك.

قال الإمام يحيى: وإذا أسلمت أم ولد الذمى فالحكم مامر، ولا يؤمر ببيعها لئلا تبطل حريتها وتنفق من كسبها إن كان وإلا فمالكها ينفق عليها لبقاء ملكه.

قال صاحب البحر: والمذهب أنها تنعتق بانقضاء حيضتها ولم يسلم سيدها وتسعى كما مر.

فإن وطئها بعد إسلامها فكالرضيعة.

ويسرى الاستيلاد كالتدبير، ويحد الشريك إن وطئها عالما بعد استيلاد شريكه إياها، إذ صارت كالأجنبية فإن استولدها عتقت بموت الأول إن علم وإلا فبموتهما جميعا ويضمن كل لشريكه فإن أعسرا سعت وإذا ماتت قبل السيد ماتت رقيقة ويعتق أولادها بموت السيد إذ قد ثبت لهم حق مستقر.

مذهب الإمامية: جاء فى شرائع الإسلام أن أم الولد مملوكة لا تحرر بموت المولى بل هى من نصيب ولدها لكن لا يجوز للمولى بيعها ما دام ولدها حيا إلا فى ثمن رقبتها إذا كان دينا على المولى ولا وجه لأدائه إلا منها ولو مات ولدها رجعت طلقا، وجاز التصرف فيها بالبيع وغيره من التصرفات وإذا مات مولاها وولدها حى جعلت فى نصيب ولدها وعتقت عليه، ولو لم يكن سواها عتق نصيب ولدها منها وسعت فى الباقى وفى رواية تقوم على ولدها إن كان موسرًا وهى مهجورة.

وإذا أوصى لأم ولده قيل: تنعتق من نصيب ولدها وتعطى الوصية، وقيل: تنعتق من الوصية فإن فضل منها شىء عتقت من نصيب ولدها وهو أشبه. وإذا جنت أم الولد خطأ تعلقت الجناية برقبتها وللمولى فكها، وبكم يفكها؟ قيل: بأقل الأمرين من أرش الجناية، وهو الأشبه، وإن شاء دفعها إلى المجنى عليه وفى رواية سمع عن أبى عبدالله عليه السلام: جنايتها فى حقوق الناس على سيدها.

ولو جنت على جماعة فالخيار للمولى أيضا بين فديتها وتسليمها إلى المجنى عليهم أو ورثتهم على قدر الجنايات.

وروى محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام فى وليدة نصرانية أسلمت عند رجل وولدت منه غلاما ومات فأعتقت وتزوجت نصرانيا وتنصرت وولدت فقال عليه السلام: ولدها لابنها من سيدها وتحبس حتى تضع فإذا ولدت فأقتلها وفى رواية يفعل بها ما يفعل بالمرتدة والرواية شاذة.

(١) أخرجه الدارقطنى (٤/ ١٣٤)، و البيهقى (١٠/ ٣٤٢)، وذكره الزيلعى فى نصب الراية (٣/ ٢٨٩)، وعزاه للدارقطنى عن عمر موقوفًا وقال: ابن القطان: هذا حديث يرويه عبد العزيز =

وإجماع التابعين فمن بعدهم على تحريم بيعها، وهذا على قول من يقول من أصحابنا: إن الإجماع بعد الخلاف يرفع الخلاف، وحينئذ يستدل بهذا الثابت عن عمر بالإجماع على نسخ الأحاديث الثابتة فى جواز بيع أم الولد.

منها: حديث جَابِرٍ قَالَ: «بِعْنَا أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ عَلَى عَهْدِ النَّبِى ﷺ وَأَبِى بَكْرٍ فَلَمَّا كَانَ عُمَرُ نَهَانَا فَانْتَهَيْنَا»[١] رواه أبو داود بإسناد صحيح.

وفى رواية قال: «كُنَّا نَبِيعُ سَرَارِينَا وَأُمَّهَاتِ أَوْلَادِنَا[٢]، وَالنَّبِى ﷺ حَى، لَا يَرَى بِذَلِكَ بَأْسًا»[٣] رواه الدارقطنى والبيهقى بإسناد صحيح.

قال الخطابى وغيره: يحتمل أن بيعها كان مباحا فى أول الإسلام، ثم نهى عنه النبى ﷺ فى آخر حياته، ولم يشتهر[٤] ذلك النهى إلى زمن عمر، فلما بلغ عمر النهى نهاهم، والله سبحانه وتعالى أعلم

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: ويجوز بيع المدبر؛ لما روى جابر رضى الله عنه: «أَنَّ رَجُلًا دَبَّرَ غُلَامًا لَهُ لَيسَ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ، فَقَالَ [رَسُولُ اللَّهِ] ﷺ: «مَنْ يَشْتَرِيهِ مِنِّى؟ فَاشْتَرَاهُ نُعَيْمٌ النَّحَّامُ».

الشرح: حديث جابر صحيح رواه البخارى ومسلم ولفظه عن جابر: «أَنَّ رَجُلًا مِن الْأَنْصَارِ أَعْتَقَ غُلَامًا لَهُ عَنْ دُبرٍ لَمْ يَكُنْ لَهُ غُلَامٌ[٥] غَيْرُهُ، فَبَلَغَ ذَلِكَ النَّبِى ﷺ فَقَالَ: مَنْ يَشْتَرِيهِ مِنِّى؟ فَاشْتَرَاهُ نُعَيْمُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بِثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ فَدَفَعَهَا إِلَيْهِ، فَقَالَ

= ابن مسلم القسملى، وهو ثقة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر، واختلف فيه، فقال عنه: يونس بن محمد، وهو ثقة، وهو الذى رفعه: وقال عنه يحيى بن إسحاق، وفليح بن سليمان عن عمر لم يتجاوزه، وكلهم ثقات، وهذا كله عند الدارقطنى: وعندى أن الذى أسنده خير ممن وقفة، أنتهى.

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٤٢١) فى كتاب العتق باب فى عتق أمهات الأولاد (٣٩٥٤)، والبيهقى (١٠/ ٣٤٧) فى كتاب عتق أمهات الأولاد باب الخلاف فى أمهات الأولاد.

(٢) فى أ: الأولاد.

(٣) أخرجه عبدالرزاق (١٣٢١١)، وأحمد (٣/ ٣٢١)، وابن ماجة (٤/ ١٤٢) فى كتاب العتق باب أمهات الأولاد (٢٥١٧)، وأبو يعلى (٢٢٢١)، وابن حبان (٤٣٢٣)، والدارقطنى (٤/ ١٣٥)، والبيهقى (١٠/ ٣٤٨).

(٤) فى أ: يشهر.

(٥) فى أ: مال.

جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ: كَانَ عَبْدًا [لله][١] قِبْطِيًّا مَاتَ عَامَ أَوَّلَ»[٢]، وفى رواية لمسلم: «مَاتَ عَامَ أَوَّلَ فِى وِلَايَةِ ابْنِ الزُّبَيْرِ»، وفى رواية للبخارى عن جابر: «أَنَّ النَّبِى ﷺ بَاعَ الْمُدَبَّرَ».

قوله: «نعيم» هو بضم النون.

وقوله: «النحام»، هو بنون مفتوحة ثم حاء مهملة مشددة، ووقع فى بعض نسخ المهذب نعيم فقط، وفى بعضها نعيم بن النحام، وكذا وقع فى بعض روايات مسلم، قالوا: وهو غلط، وصوابه: نعيم النحام، فالنحام هو نعيم، ومعنى النحام: السعال، وهو الذى يسعل، وسمى بذلك؛ لأن النَّبِى ﷺ قَالَ لَهُ: «سَمِعْتُ نَحْمَتَكَ فِى الْجَنَّة أَى: سُعْلَتَكَ»[٣].

وقيل: هى النحنحة.

وكل هذا صفة لنعيم لا لأبيه عبد الله، وأسلم نعيم قديما بعد عشرة أنفس، وقيل: ثمانية وثلاثين، وكان جوادا، واستشهد يوم أجنادين فى خلافة أبى بكر الصديق - رضى الله عنه - سنة ثلاث عشرة، واسم هذا الغلام المدبر: يعقوب، واسم سيده مدبره: أبو مذكور، والله أعلم.

أما حكم المسألة فمذهبنا: جواز بيع المدبر، سواء كان سيده محتاجا إلى ثمنه أم لا، وسواء كان على سيده دين أم لا، وسواء كان التدبير مطلقا أو مقيدا.

هذا مذهبنا، وبه قالت عائشة أم المؤمنين ومجاهد وطاوس وعمر بن عبد العزيز وأحمد[٤] وإسحاق وأبو ثور وداود وغيرهم.

---

(١) سقط فى ط.

(٢) أخرجه البخارى (٦٠٨/١١) كتاب كفارات الأيمان باب عتق المُدَبَّر وأم الولد والمكاتب فى الكفارة (٦٧١٦) (٧١٨٦)، ومسلم (١٢٨٩/٣)، كتاب الأيمان باب جواز بيع المدبر (٩٩٧/٥٨).

(٣) أخرجه ابن سعد فى الطبقات الكبرى (١٠٣/٤).

(٤) قال فى الإنصاف (٤٣٧/٧): قوله (وله بيع المدبر وهبته) . هذا المذهب مطلقا . بلا ريب. وعليه جماهير الأصحاب . منهم : القاضي، والشريف أبو جعفر، وأبو الخطاب، والشيرازي، والمصنف، والشارح، وغيرهم . قال في الفائق : هذا المذهب . قال في الفوائد : والمذهب، الجواز . قال الزركشي : هذا المذهب عند الأصحاب . وصححه في النظم، وغيره . وجزم به في الوجيز، وغيره . وقدمه في المحرر، والفروع، وتجريد العناية، وغيرهم : لأن التدبير إما وصية أو تعليق بصفة . وكلاهما لا يمنع نقل الملك قبل =

وقال الحسن وعطاء: يجوز إذا احتاج إلى ثمنه سيده.

وقال أبو حنيفة[١]: وإن كان تدبيرا مطلقا لم يجز، وإن كان مقيدا بأن يقول: إن [مت من مرضى][٢] هذا فأنت حر، جاز.

وقال مالك[٣]: لا يجوز مطلقا.

وهو رواية عن أبى حنيفة وبه قال سعيد بن المسيب والشعبى والنخعى والزهرى والأوزاعى والثورى، ونقله القاضى عياض عن جمهور العلماء من السلف وغيرهم من أهل الحجاز والشام والكوفة.

واحتجوا بالقياس على أم الولد.

واحتج أصحابنا بحديث جابر المذكور فى الكتاب، وقد بيناه.

وبالقياس على الموصى بعتقه، فإنه يجوز بيعه بالإجماع، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: ويجوز بيع المعتق بصفة؛ لأنه ثبت له العتق بقول السيد وحده، فجاز بيعه كالمدبر، وفى المكاتب قولان:

قال فى القديم: يجوز بيعه؛ لأن عتقه غير مستقر، فلا يمنع من البيع.

وقال فى الجديد: لا يجوز؛ لأنه كالخارج من[٤] ملكه، ولهذا لا يرجع أرش الجناية عليه إليه، فلم يملك بيعه كما لو باعه.

ولا يجوز بيع الوقف؛ لما روى ابن عمر - رضى الله عنه - قال: «أَصَابَ عُمَرُ رضى الله عنه أَرْضًا بِخَيْبَرَ فَأَتَى النَّبِى ﷺ يَسْتَأْمِرُهُ فِيهَا فَقَالَ: إنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا

= الصفة. وعنه: لا يجوز بيعه مطلقا. بناء على أنه عتق بصفة. فيكون لازما كالاستيلاد وعنه: لا يباع في الدين. وهو ظاهر كلام الخرقي في العبد. فقال: وله بيعه في الدين. ولا تباع المدبرة في إحدى الروايتين، وفي الأخرى: الأمة كالعبد. انتهى. وعنه: لا تباع إلا في الدين أو الحاجة. ذكرها القاضي في الجامع، وكتاب الروايتين، والمصنف في الكافي، وصاحب الفروع، وغيرهم.

(١) في بدائع الصنائع (٤/ ١٢٠): بيع المدبر المطلق لا يجوز عندنا ويجوز بيع المدبر المقيد بالإجماع.

(٢) فى أ: مرضت.

(٣) قال في الموطأ (٧/ ٤٣): قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا في المدبر أن صاحبه لا يبيعه ولا يحوله عن موضعه الذي وضعه فيه. ينظر المنتقى شرح الموطأ (٧/ ٤٣).

(٤) فى أ: عن.

وَتَصَدَّقْتَ بِهَا. قَالَ: فَتَصَدَّقَ بِهَا عُمَرُ صَدَقَةً[١] لَا يُبَاعُ أَصْلُهَا وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ».

الشرح: حديث ابن عمر [٢] رواه البخارى ومسلم.

قوله: «ثبت له العتق بقول السيد» احتراز من فعله وهو الاستيلاد.

وقوله: «وحده» احتراز من المكاتب.

وفى الفصل ثلاثة مسائل:

إحداها: بيع المعلق عتقه على صفة صحيح لا خلاف فيه؛ لما ذكره المصنف، وإنما قاسه على المدبر؛ لأن النص ثبت فى المدبر وإلا لم يقل أحد ببطلان بيع المعلق عتقه على صفة، وسواء كانت الصفة محققة الوجود كطلوع الشمس، أو محتملة كدخول الدار، والله سبحانه وتعالى أعلم.

الثانية: بيع العين الموقوفة باطل بلا خلاف عندنا، سواء قلنا: إن الملك فيه لله تعالى أو للموقوف عليه، أو باق على ملك الواقف.

الثالثة: فى بيع السيد رقبة المكاتب قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما: الصحيح باتفاق الأصحاب، وهو نص الشافعى فى الجديد: بطلانه، وقطع به جماعة.

والقديم: صحته.

قال أصحابنا: والقولان جاريان فى الهبة.

فإن قلنا بالجديد فأدى المكاتب النجوم إلى المشترى فهل يعتق؟

قال أصحابنا: فيه الخلاف فيما لو باع السيد النجوم التى على المكاتب وقلنا بالمذهب: إنه لا يصح بيعه فأداها المكاتب إلى المشترى.

وللشافعى فيه نصان:

نص فى المختصر: أنه يعتق بدفعها[٣] إلى المشترى.

ونص فى الأم: أنه لا يعتق.

---

(١) فى أ: صدقتها.

(٢) أخرجه البخارى (٥/ ٤١٨) فى الشروط باب فى الوقف (٢٧٣٧)، ومسلم (٣/ ١٢٥٥) فى الوصية باب الوقف (١٥/ ١٦٣٢).

(٣) فى أ: بدفعهما.

وللأصحاب فيه طريقان:

المذهب وبه قال الجمهور: إن المسألة على قولين:

أحدهما: يعتق؛ لأن للسيد سلطة على القبض فأشبه الوكيل.

وأصحهما: لا يعتق؛ لأنه يقبض زاعما[١] أنه يقبض لنفسه، حتى لو تلف في يده ضمنه، بخلاف الوكيل، وقال أبو إسحاق المروزي: النصان[٢] على حالين، فإن قال بعد البيع: خذها منه، أو قال للمكاتب: ادفعها إليه - صار وكيلا وعتق بقبضه، وإن اقتصر على البيع فلا.

وقيل: إن أبا إسحاق عرض هذا الفرق[٣] على شيخه أبي العباس بن سريج فلم يرتضه ولم يعبأ به، وقال: هو وإن صرح بالإذن فإنما يأذن بحكم المعاوضة[٤] لا الوكالة.

فإن قلنا: لا يعتق، فما يأخذه المشتري يسلمه إلى السيد لأنا جعلناه كوكيله؛ فإن قلنا: لا يعتق طالب السيد المكاتب بالنجوم، واستردها المكاتب من المشتري.

قال أصحابنا: وإذا قلنا بالجديد: إن بيع رقبة المكاتب باطل، فاستخدمه المشتري مدة، لزمه أجرة المثل للمكاتب، وهل على السيد أن يمهله قدر المدة التي كان فيها في يد المشتري؟ فيه القولان المشهوران فيما إذا استخدمه السيد أو حبسه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

أما إذا قلنا بالقديم وأن بيع رقبة المكاتب صحيح، ففي حكم الكتابة[٥] ثلاثة أوجه:

الصحيح - الذي قطع به كثيرون -: أن الكتابة تبقى وينتقل إلى المشتري مكانها[٦]، فإذا أدى إليه النجوم عتق وكان الولاء للمشتري؛ جمعا بين الحقوق.

والثاني: يعتق بالأداء إلى المشتري، ويكون الولاء للبائع، ويكون [٧] انتقاله

---

(١) في أ: راغما.

(٢) في أ: لضمان.

(٣) في أ: القول.

(٤) في أ: العارضة.

(٥) في أ: المكاتبة.

(٦) في أ: مكاتبا.

(٧) في أ: وكانا

بالشرى كانتقاله بالإرث.

والثالث: تبطل الكتابة بمجرد البيع فينتقل غير مكاتب، وهذا ضعيف جدا، والله سبحانه أعلم.

فرع: لو قال أجنبى لسيد المكاتب: أعتق مكاتبك على ألف، أو أعتقه عنى على ألف، أو مجانا، فأعتقه - نفذ العتق، ولزمه الألف، ويكون ذلك افتداء منه كاختلاع الأجنبى، وكذا لو قال: أعتق مستولدتك.

وستأتى المسألة مبسوطة مع نظائرهم فى كتاب الكفارات عقيب كتاب الظهار حيث ذكرها المصنف، إن شاء الله تعالى.

فرع: لا خلاف أنه لا يجوز للسيد بيع ما فى يد المكاتب من الأموال كما لا يعتق عبيده ولا يزوج إماءه، والله - سبحانه وتعالى - أعلم.

فرع: فى مذاهب العلماء فى بيع العين الموقوفة:

ذكرنا أن مذهبنا: بطلان بيعها[1]، سواء حكم بصحته حاكم أو لا.

وبه قال مالك وأحمد والعلماء كافة إلا أبا حنيفة، فقال: يجوز بيعه ما لم يحكم بصحته حاكم.

فرع: فى مذاهبهم فى بيع رقبة المكاتب:

قد ذكرنا أن الأصح فى مذهبنا: بطلانه.

وبه قال ربيعة وأبو حنيفة[2] ومالك[3] وهو قول ابن مسعود.

وقال عطاء والنخعي وأحمد[4]: يجوز بيعه، وهو رواية عن مالك.

---

(١) فى أ: بيعه.

(٢) قال فى بدائع الصنائع (٤/ ١٥١): ولا يجوز له بيع المكاتب بغير رضاه بلا خلاف؛ لأن فيه إبطال حق المكاتب من غير رضاه وهو حق الحرية فلا يجوز بيعه كالمدبر وأم الولد، وإن رضي به المكاتب جاز ويكون ذلك فسخا للكتابة؛ لأن امتناع الجواز كان لحق المكاتب فإذا رضي فقد زال المانع.

(٣) قال فى شرح مختصر خليل (٨/ ١٣٥): لا يجوز بيع رقبة المكاتب وإن رضي فإن بيع قبل عجزه فسخ إن لم يعتق.

(٤) قال فى الإنصاف (٧/ ٤٧٠): (ويجوز بيع المكاتب) هذا المذهب، وعليه الأصحاب . قال الزركشي : هذا المذهب المشهور المنصوص عليه . نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله . واختاره الأصحاب، وقدموه . وهو من مفردات المذهب . وعنه : لا يجوز به مطلقا . وعنه : لا يجوز بيعه بأكثر من كتابته . حكاها ابن أبي موسى . فعلى المذهب : يقوم المشتري مقام البائع .

واحتج من جوز بيع رقبة المكاتب بحديث عائشة - رضى الله عنها - فى قصة بريرة: «أنها كانت مكاتبة فاشترتها عائشة رضى الله عنها بإذن النبى ﷺ»[١] رواه البخارى ومسلم من طرق.

واحتج أصحابنا للمنع بما ذكره المصنف والشافعى وغيره عن حديث بريرة بأنها رضيت هى وأهلها بفسخ الكتابة ثم باعوها.

فرع: ضبطوا ما به يجوز بيعه من الحيوان، فكل حيوان [طاهر][٢] منتفع به فى الحال أو المآل، ليس بحر ولم يتعلق به حق لازم، يجوز بيعه، واحترزوا بالطاهر عن النجس، وبالمنفعة عن الحشرات، ونحوها، والحمار الزمن والسباع، وبالمآل كالجحش الصغير، وقولهم: «لم يتعلق به حق» احتراز من المرهون والموقوف وأم الولد والمكاتب والجانى.

وقولهم: «لازم» احتراز من المدبر، والمعلق عتقه، والموصى به.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: ويجوز بيع ما سوى ذلك من الأعيان المنتفع بها من المأكول والمشروب والملبوس والمشموم، وما ينتفع به من الحيوان بالركوب[٣] والأكل والدر والنسل والصيد والصوف، وما يقتنيه الناس من العبيد والجوارى والأراضى والعقار؛ لاتفاق أهل الأمصار فى جميع الأعصار على بيعها من غير إنكار، ولا فرق فيها بين ما كان فى الحرم من الدور وغيره؛ لما روى أن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه -: «أمر نافع بن عبد الحارث أن يشترى دارا بمكة للسجن من صفوان بن أمية فاشتراها بأربعة آلاف درهم».

ولأنه أرض حية لم يرد عليها صدقة مؤبدة فجاز بيعها كغير الحرم.

الشرح: هذا الأثر عن عمر مشهور، رواه البيهقى وغيره، ونافع هذا صحابى، هكذا قاله الجمهور، وأنكر الواقدى صحبته، والصواب المشهور صحبته، وهو خزاعى أسلم يوم فتح مكة وأقام بمكة وكان من فضلاء الصحابة، واستعمله عمر بن

---

(١) أخرجه البخارى (٤/ ٣٧٦) فى البيوع: باب إذا اشترط شروطًا فى البيع لا تحل (٢١٦٨)، وفى (٥/ ٢٢٥)، وفى كتاب المكاتب: باب استعانة المكاتب وسؤاله الناس (٢٥٦٣)، ومسلم (٢/ ١١٤١ - ١١٤٣)، وفى العتق باب الولاء لمن أعتق (٦/ ١٥٠٤).

(٢) سقط فى ط.

(٣) المركوب.

الخطاب على مكة والطائف، وفيهما سادات قريش وثقيف، والله تعالى أعلم.

وصفوان بن أمية صحابى مشهور، وهو أبو وهب، وقيل: أبو أمية صفوان بن أمية بن خلف بن وهب بن خزامة بن جمح القرشى الجمحى المكى، أسلم بعد شهوده حنينا كافرا، وكان من المؤلفة، وشهد اليرموك، توفى بمكة سنة اثنتين وأربعين، وقيل: توفى فى خلافة عمر[١]. وقيل: عام الجمل سنة ست وثلاثين.

وقوله: «لأنه أرض حية»، هكذا هو فى النسخ. والضمير عائد إلى البيع.

وقوله: «أرض حية» احتراز من الموات.

وقوله: «لم يرد عليها صدقة مؤبدة» احتراز من العين الموقوفة.

أما الأحكام ففيها مسألتان:

إحداهما: أن الأعيان الطاهرة المنتفع بها التى ليست حرا ولا موقوفا ولا أم ولد ولا مكاتبة ولا مرهونا ولا غائبا[٢] ولا مستأجرة - يجوز بيعها بالإجماع؛ لما ذكره المصنف سواء المأكول والمشروب والملبوس والمشموم والحيوان المنتفع به، بركوبه أو صوته أو صوفه أو دره أو نسله؛ كالعندليب والببغاء، أو بحراسته؛ كالقرد، أو بركوبه؛ كالفيل، أو بامتصاصه الدم؛ كالعلق، وفى معناه دود القز وغير ذلك، مما سبق بيانه، فكل هذا يصح بيعه.

والثانية: يجوز بيع دور مكة وغيرها من أرض[٣] الحرم، ويجوز إجارتها وهى مملوكة لأصحابها يتوارثونها ويصح تصرفهم فيها بالبيع وغيره من التصرفات المفتقرة إلى الملك، والله أعلم.

فرع: فى مذاهب العلماء فى بيع دور مكة وغيرها من أرض الحرم وإجارتها ورهنها، مذهبنا: جوازه، وبه قال عمر بن الخطاب وجماعات من الصحابة ومن بعدهم، وهو مذهب أبى يوسف.

وقال الأوزاعى والثورى ومالك وأبو حنيفة: لا يجوز شىء من ذلك.

والخلاف فى المسألة مبنى على أن مكة فتحت صلحا أم عنوة؟

فمذهبنا: أنها فتحت صلحا، فتبقى على ملك أصحابها فتورث وتباع وتكرى

---

(١) فى أ: عثمان.
(٢) فى أ: ولا جانيًا.
(٣) فى أ: أراضى.

وترهن.

ومذهبهم: أنها فتحت عنوة فلا يجوز شيء من ذلك.

واحتج هؤلاء[١] بقوله تعالى: ﴿وَٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ٱلَّذِى جَعَلْنَٰهُ لِلنَّاسِ سَوَآءً ٱلْعَٰكِفُ فِيهِ وَٱلْبَادِ﴾ [الحج: ٢٥] وقوله[٢]: والمراد بالمسجد: جميع الحرم؛ لقوله - سبحانه وتعالى -: ﴿سُبْحَٰنَ ٱلَّذِىٓ أَسْرَىٰ بِعَبْدِهِۦ لَيْلًا مِّنَ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ﴾ [الإسراء: ١] أى: من بيت خديجة..

وبقوله تعالى: ﴿إِنَّمَآ أُمِرْتُ أَنْ أَعْبُدَ رَبَّ هَٰذِهِ ٱلْبَلْدَةِ ٱلَّذِى حَرَّمَهَا﴾ [النمل: ٩١] قالوا: والمحرم لا يجوز بيعه..

وبحديث إسماعيل بن إبراهيم بن مهاجر عن أبيه عن عبد الله بن باباه وعن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: قال رسول الله ﷺ: «مَكَّةُ مُبَاحٌ لَا تُبَاعُ رِبَاعُهَا وَلَا تُؤَجَّرُ بُيُوتُهَا»[٣] رواه البيهقى.

وبحديث عائشة - رضى الله عنها - قالت: «قُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ: أَلَا نَبْنِى لَكَ بَيْتًا أَوْ بِنَاءً يَظِلُّكَ مِن الشَّمْسِ؟ قَالَ: لَا؛ إِنَّمَا هُوَ مُبَاحٌ لِمَنْ سَبَقَ إِلَيْهِ» رواه أبو داود.

وعن أبى حنيفة عن عبد الله[٤] بن أبى زياد عن أبى نجيح عن عبد الله بن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «مَكَّةُ حَرَامٌ، وَحَرَامٌ بَيْعُ رِبَاعِهَا وَحَرَامٌ أَجْرُ بُيُوتِهَا»[٥].

وعن عثمان بن أبى سليمان عن علقمة بن نضلة[٦] الكنانى قال: «كَانَتْ بُيُوتُ مَكَّةَ تُدْعَى السَّوَائِبَ لَمْ تُبَعْ رِبَاعُهَا فِى زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَلَا أَبِى بَكْرٍ وَلَا عُمَرَ، مَن احْتَاجَ سَكَنَ، وَمَن اسْتَغْنَى أَسْكَنَ»[٧] رواه البيهقى.

وبالحديث الصحيح أن رسول الله ﷺ قال: «مِنًى مُبَاحٌ لِمَنْ سَبَقَ»[٨]، وهو

---

(١) فى أ: لهم.
(٢) فى أ: قالوا.
(٣) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٦/ ٣٥) فى كتاب البيوع باب ما جاءفى بيع دور مكة، وقال: إسماعيل بن إبراهيم بن مهاجر ضعيف وأبوه غير قوى واختلف عليه فروى عنه هكذا وروى عنه عن أبيه عن مجاهد عن عبدالله بن عمرو مرفوعًا ببعض معناه.
(٤) فى أ: عبيد الله.
(٥) أخرجه أبو داود (١/ ٦١٦ - ٦١٧) فى كتاب تحريم مكة (٢٠١٩).
(٦) فى أ: فضلة.
(٧) أخرجه البيهقى (٦/ ٣٥) فى المصدر السابق وقال: هذا منقطع.
(٨) تقدم.

حديث صحيح سبق بيانه فى كتاب الجنائز فى باب الدفن.

قالوا: ولأنها بقعة من الحرم فلا يجوز بيعها وإجارتها كنفس المسجد الحرام.

واحتج الشافعى والأصحاب لمذهبنا بقوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِن دِيَارِهِمْ﴾ [الحشر: ٨] والإضافة تقتضى الملك..

فإن قيل: قد تكون الإضافة لليد والسكنى لقوله تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ﴾ [الأحزاب: ٣٣]؟

فالجواب: أن حقيقة الإضافة تقتضى الملك، ولهذا لو قال: هذه الدار لزيد حكم بملكها لزيد، ولو قال: أردت به السكنى واليد، لم يقبل.

واحتجوا أيضا بحديث أسامة بن زيد أنه قال: «أَيْنَ تَنْزِلُ مِنْ دَارِكَ فِى مَكَّةَ؟ فَقَالَ: وهَلْ تَرَكَ لَنَا عَقِيلٌ مِنْ دَارٍ؟ وَكَانَ عَقِيلٌ وَرِثَ أَبَا طَالِبٍ هُوَ وَطَالِبٌ، وَلَمْ يَرِثْهُ جَعْفَرٌ وَلَا عَلِى لِأَنَّهُمَا كَانَا مُسْلِمَيْنِ، وَكَانَ عَقِيلٌ وَطَالِبٌ كَافِرَيْنِ»[1] رواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما.

قال أصحابنا: فهذا يدل على إرث دورها والتصرف فيها.

وعن أبى هريرة رضى الله عنه فى قصة فتح مكة قال: «فَجَاءَ أَبُو سُفْيَانَ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أُبِيدَتْ خَضْرَاءُ قُرَيْشٍ، لَا قُرَيْشَ بَعْدَ الْيَوْمِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: مَنْ دَخَلَ دَارَ أَبِى سُفْيَانَ فَهُوَ آمِنٌ وَمَنْ أَلْقَى سِلَاحَهُ فَهُوَ آمِنٌ، وَمَنْ أَغْلَقَ بَابَهُ فَهُوَ آمِنٌ»[2] رواه مسلم.

وبالأثر المشهور فى سنن البيهقى وغيره: «أن نافع بن عبد الحارث اشترى من صفوان بن أمية دار السجن لعمر بن الخطاب رضى الله عنه بأربعمائة، وفى رواية بأربعة آلاف».

وروى الزبير بن بكار وغيره: «أن حكيم بن حزام باع دار الندوة[3] بمكة من

---

(١) أخرجه عبدالرزاق فى المصنف (٩٨٥١)، وأخرجه البخارى (٣/ ٥٢٦) فى كتاب الحج: باب توريث دور مكة وبيعها وشرائها (١٥٨٨، ٣٠٥٨، ٤٢٨٢، ٦٧٦٤)، وأخرجه مسلم (٢/ ٩٨٤) فى كتاب الحج: باب النزول بمكة للحاج وتوريث دورها (٤٣٩/ ١٣٥١).

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٤٠٧) فى الجهاد باب فتح مكة (٨٦/ ١٧٨٠)، وأحمد (٢/ ٢٩٢)، وأبو داود (١٨٧١)، (١٨٧٢)، (٣٠٢٤)، وابن خزيمة (٢٧٥٨).

(٣) فى أ: المنذر.

معاوية بن أبى سفيان بمائة ألف، فقال له عبد الله بن الزبير: يا أبا خالد بعت مأثرة قريش وكريمتها؟[١] فقال: هيهات ذهبت[٢] المكارم، فلا مكرمة اليوم إلا الإسلام، فقال: اشهدوا أنها فى سبيل الله تعالى، يعنى: الدراهم»[٣].

ومن القياس: أنها أرض حية ليست موقوفة فجاز بيعها كغيرها.

وروى البيهقى بإسناده عن إبراهيم بن محمد الكوفى قال: «رأيت الشافعى بمكة يفتى الناس، ورأيت إسحاق بن راهويه وأحمد بن حنبل حاضرين، فقال أحمد لإسحاق: تعال حتى أريك رجلا لم تر عيناك مثله، فقال إسحاق: لم تر عيناى مثله؟ فقال نعم: فجاء به فوقفه على الشافعى، فذكر القصة إلى أن قال: ثم تقدم إسحاق إلى مجلس الشافعى فسأله عن كراء بيوت مكة، فقال الشافعى: هو عندنا جائز، قال رسول الله ﷺ: «وَهَلْ تَرَكَ لَنَا عَقِيلٌ مِنْ دَارٍ» فقال إسحاق: حدثنا يزيد بن هارون عن هشام عن الحسن: أنه لم يكن يرى ذلك، وعطاء وطاوس لم يكونا يريان ذلك.

فقال الشافعى لبعض من عرفه: من هذا؟ قال: هذا إسحاق بن راهويه الحنظلى الخراسانى، فقال له الشافعى: أنت الذى يزعم أهل خراسان أنك فقيههم؟ قال إسحاق: هكذا يزعمون، قال الشافعى: ما أحوجنى أن يكون غيرك فى موضعك فكنت آمر بفراك أذنيه، أنا أقول: قال رسول الله ﷺ وأنت تقول قال طاوس وعطاء والحسن وإبراهيم، هؤلاء لا يرون ذلك؟ وهل لأحد مع النبى ﷺ حجة؟ وذكر كلاما طويلا.

ثم قال الشافعى: قال الله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَٰجِرِينَ ٱلَّذِينَ أُخْرِجُوا۟ مِن دِيَٰرِهِمْ﴾ [الحشر: ٨] أفتنسب الديار إلى مالكين، أو غير مالكين؟ فقال إسحاق: إلى مالكين قال الشافعى: قول الله أصدق الأقاويل، وقد قال رسول الله ﷺ: «مَنْ دَخَلَ دَارَ أَبِى سُفْيَانَ فَهُوَ آمِنٌ»، وقد اشترى - عمر بن الخطاب - رضى الله عنه دار الحجامين، وذكر الشافعى له جماعة من أصحاب رسول الله ﷺ فقال له إسحاق: ﴿سَوَآءً ٱلْعَٰكِفُ فِيهِ وَٱلْبَادِ﴾ [الحج: ٢٥]، فقال الشافعى: قال الله تعالى: ﴿وَٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ٱلَّذِى جَعَلْنَٰهُ لِلنَّاسِ سَوَآءً ٱلْعَٰكِفُ فِيهِ وَٱلْبَادِ﴾ [الحج: ٢٥] والمراد: المسجد

(١) فى أ: وكريمها.
(٢) فى أ: ذهب.
(٣) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٦/ ٣٥).

خاصة، وهو الذى حول الكعبة، ولو كان كما تزعم لكان لا يجوز لأحد أن ينشد فى دور مكة وفجاجها[١] ضالة، ولا ينحر فيها البدن، ولا يلقى فيها الأرواث، ولكن هذا فى المسجد خاصة فسكت إسحاق ولم يتكلم، فسكت عنه الشافعى. . . .

وأما الجواب عن أدلتهم:

فالجواب عن قوله تعالى: ﴿سَوَآءً ٱلْعَـٰكِفُ فِيهِ وَٱلْبَادِۚ﴾ [الحج: ٢٥] سبق الآن فى كلام الشافعى.

وأما قوله تعالى: ﴿هَـٰذِهِ ٱلْبَلْدَةِ ٱلَّذِى حَرَّمَهَا﴾ [النمل: ٩١] فمعناه: حرم صيدها، وشجرها، وخلاها، والقتال فيها، كما بينه النبى ﷺ فى الأحاديث الصحيحة، ولم يذكر فى شىء منها مع كثرتها فى النهى عن بيع دورها.

وأما حديث إسماعيل بن إبراهيم بن مهاجر عن أبيه فضعيف باتفاق المحدثين، واتفقوا على تضعيف إسماعيل وأبيه إبراهيم.

وأما حديث عائشة رضى الله عنها فإن صح كان محمولا على الموات من الحرم، وهو ظاهر الحديث.

وأما حديث أبى حنيفة فضعيف من وجهين:

أحدهما: ضعف إسناده؛ فإن ابن أبى زياد هذا ضعيف.

والثانى: أن الصواب فيه عند الحفاظ: أنه موقوف على عبد الله بن عمرو، وقالوا: رفعه وهم، هكذا قاله الدارقطنى وأبو عبد الرحمن السلمى والبيهقى.

وأما حديث عثمان بن أبى سليمان فجوابه من وجهين:

أحدهما، جواب البيهقى: أنه منقطع.

والثانى، جواب البيهقى أيضا والأصحاب: أنه إخبار عن عادتهم فى إسكانهم ما استغنوا عنه من بيوتهم بالإعارة تبرعا وجودا، وقد أخبر من كان أعلم بشأن مكة منه بأنه جرى الإرث والبيع فيها.

وأما حديث: «منى مباح لمن سبق» فمحمول على مواتها ومواضع نزول الحجيج منها.

وأما الجواب عن قياسهم على نفس المسجد فمردود؛ لأن المساجد محرمة

---

(١) فى أ: وفجاج الحرم.

محررة، لا تلحق بها المنازل المسكونة فى تحريم بيعها؛ ولهذا فى سائر البلاد يجوز بيع الدور دون المساجد، والله سبحانه أعلم.

فرع: قال الرويانى فى البحر فى باب بيع الكلاب: لا يكره بيع شىء من الملك الطلق إلا أرض مكة، فإنه يكره بيعها وإجارتها للخلاف، وهذا الذى ادعاه من الكراهة غريب فى كتب أصحابنا، والأحسن أن يقال: هو خلاف الأولى؛ لأن المكروه ما ثبت فيه نهى مقصود، ولم يثبت فى هذا نهى.

فرع: قال الرويانى والأصحاب: هذا الذى ذكرناه من اختلاف العلماء فى بيع دور مكة وغيرها من الحرم هو فى بيع نفس الأرض. فأما البناء فهو مملوك يجوز بيعه بلا خلاف.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: ويجوز بيع المصاحف وكتب الأدب؛ لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه سئل عن بيع المصاحف، فقال: لا بأس يأخذون أجور أيديهم.

ولأنه طاهر منتفع به فهو كسائر الأموال.

الشرح: اتفق أصحابنا على صحة بيع المصحف وشرائه وإجارته ونسخه بالأجرة، ثم إن عبارة المصنف والدارمى وغيرهما أنه يجوز بيعه، وظاهر هذه العبارة أنه ليس بمكروه، وقد صرح بعدم الكراهة الرويانى.

والصحيح من المذهب: أن بيعه مكروه، وهو نص الشافعى فى كتاب اختلاف على وابن مسعود، وبه قطع البيهقى فى كتابيه السنن الكبير، ومعرفة السنن والآثار، والصيمرى فى كتابه الإيضاح، وصاحب البيان، فقال: يكره بيعه.

قال: وقيل: يكره البيع دون الشراء، هذا تفصيل مذهبنا.

وروى الشافعى والبيهقى بإسنادهما الصحيح عن ابن مسعود أنه كره شرى المصحف وبيعه.

قال الشافعى: ولا يقول أبو حنيفة وأصحابه بهذا، بل لا يرون بأسا ببيعه وشرائه، قال: ومن الناس من لا يرى بأسا بالشراء، قال الشافعى: ونحن نكره بيعها.

وقال ابن المنذر فى الإشراف: اختلفوا فى شراء المصحف وبيعه؛ فروى عن ابن عمر أنه شدد فى بيعه، وقال: وددت أن الأيدى تقطع فى بيع المصاحف، قال: وروينا عن أبى موسى الأشعرى كراهة ذلك، قال: وكره بيعها وشراءها علقمة وابن

سيرين والنخعي وشريح ومسروق وعبد الله بن يزيد، ورخص جماعة فى شرائها، وكرهوا بيعها، روينا هذا عن ابن عباس وسعيد بن جبير وإسحاق.

وقال أحمد: الشرى أهون، وما أعلم فى البيع رخصة قال: ورخصت طائفة فى بيعه وشرائه، منهم الحسن وعكرمة والحكم.

وروى البيهقى بإسناده عن ابن عباس [١] ومروان بن الحكم أنهما سئلا عن بيع المصاحف للتجارة فقالا: لا نرى أن نجعله متجرا ولكن ما عملت بيديك فلا بأس به.

وعن مالك بن أنس أنه قال: لا بأس ببيع المصحف وشرائه، وعن ابن عباس بإسناد ضعيف: «اشتر المصحف ولا تبعه»[٢] وبإسناد صحيح عن سعيد بن جبير «اشتره ولا تبعه»[٣].

وعن عمر أنه قال: «كان يمر بأصحاب المصاحف فيقول: بئس التجارة»[٤].

وبإسناد صحيح عن عبد الله بن شقيق التابعى المجمع على جلالته وتوثيقه قال: «وكان أصحاب رسول الله ﷺ يكرهون بيع المصاحف»[٥].

قال البيهقى: وهذه الكراهة على وجه التنزيه؛ تعظيما للمصحف عن أن يبذل بالبيع، أو يجعل متجرا. قال: وروى عن ابن مسعود الترخيص فيه، وإسناده ضعيف، قال: وقول ابن عباس: «اشتر المصحف ولا تبعه»، إن صح عنه، يدل على جواز بيعه مع الكراهة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: قال أصحابنا: يجوز بيع كتب الحديث والفقه واللغة والأدب والشعر المباح المنتفع به وكتب الطب والحساب وغيرهما، مما فيه منفعة مباحة.

قال أصحابنا: ولا يجوز بيع كتب الكفر؛ لأنه ليس فيها منفعة مباحة بل يجب إتلافها، وقد ذكر المصنف المسألة فى أواخر كتاب السير.

وهكذا كتب التنجيم والشعبذة والفلسفة وغيرها من العلوم الباطلة المحرمة،

---

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٦/ ١٦ - ١٧) فى كتاب البيوع باب ما جاء فى كراهية بيع المصاحف.

(٢) ينظر التخريج السابق.

(٣) ينظر التخريج السابق.

(٤) ينظر التخريج السابق.

(٥) ينظر التخريج السابق.

فبيعها باطل؛ لأنه ليس فيها منفعة مباحة، والله تعالى أعلم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: واختلف أصحابنا فى بيع بيض دود القز وبيض ما لا يؤكل لحمه من الطيور التى يجوز بيعها؛ كالصقر والبازى، فمنهم من قال: هو طاهر.

ومنهم من قال: هو نجس، بناء على الوجهين فى طهارة منى ما لا يؤكل لحمه ونجاسته.

فإن قلنا: إن ذلك طاهر جاز بيعه؛ لأنه طاهر منتفع به، فهو كبيض الدجاج.

وإن قلنا: إنه نجس لم يجز بيعه؛ لأنه عين نجسة فلم يجز بيعه؛ كالكلب والخنزير.

الشرح: اتفق أصحابنا على جواز بيع دود القز؛ لأنه حيوان طاهر منتفع به، فهو كالعصفور والنحل وغيرهما.

وأما بيض دود القز وبيض ما لا يؤكل لحمه من الطيور ففيه وجهان مشهوران:

أصحهما: صحة البيع.

والثانى: بطلانه، وهما مبنيان على طهارته ونجاسته، وفيها وجهان كمنى ما لا يؤكل، وقد سبق بيان الخلاف فيه فى باب إزالة النجاسة وأن الأصح طهارته.

وأما قول المصنف: «من الطيور التى يجوز بيعها» فزيادة لا تعرف للأصحاب، بل الصواب المعروف: أنه لا فرق بين [بيض ما يجوز بيعه وما لا يجوزمما][1] لا يؤكل لحمه كالرخمة وغيرها، وفى الجميع الوجهان:

أصحهما: جواز بيعه؛ لأن الخلاف مبنى - كما ذكر المصنف والأصحاب - على طهارة هذا البيض ونجاسته، والخلاف فيه شامل لما يجوز بيعه وغيره، والله تعالى أعلم.

وحكى المتولى عن أبى حنيفة أنه لا يجوز بيع دود القز ولا بيضه:

فروع فى مسائل مهمة تتعلق بالباب.

فرع: بيع لبن الآدميات جائز عندنا لا كراهة فيه.

وهذا هو المذهب وقطع به الأصحاب إلا الماوردى والشاشى والروياني فحكوا

---

(١) سقط فى ط.

وجها شاذا عن أبى القاسم الأنماطى من أصحابنا: أنه نجس لا يجوز بيعه، وإنما يربى به الصغير للحاجة.

وهذا الوجه غلط من قائله، وقد سبق بيانه فى باب إزالة النجاسة، فالصواب جواز بيعه.

قال الشيخ أبو حامد: هكذا قاله الأصحاب، قال: ولا نص للشافعى فى المسألة.

وقال أبو حنيفة ومالك: لا يجوز بيعه.

وعن أحمد روايتان كالمذهبين، هذا مذهبنا.

واحتج المانعون: بأنه لا يباع فى العادة.

وبأنه فضلة آدمى فلم يجز بيعه، كالدمع والعرق والمخاط.

وبأن ما لا يجوز بيعه متصلا لا يجوز بيعه منفصلا؛ كشعر الآدمى.

ولأنه لا يؤكل لحمها فلا يجوز بيع لبنها كالأتان.

واحتج أصحابنا: بأنه لبن طاهر منتفع به، فجاز بيعه كلبن الشاة.

ولأنه غذاء للآدمى فجاز بيعه كالخبز.

فإن قيل: هذا منتقض بدم الحيض فإنه غذاء للجنين ولا يجوز.

قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه:

فالجواب: أن هذا ليس بصحيح ولا يتغذى الجنين بدم الحيض، بل يولد وفمه مسدود لا طريق فيه لجريان الدم، وعلى وجهه المشيمة، ولهذا أجنة البهائم تعيش فى البطون ولا حيض لها.

ولأنه مائع يحل شربه فجاز بيعه كلبن الشاة.

قال الشيخ أبو حامد: فإن قيل: ينتقض بالعرق، قلنا: لا نسلم بل يحل شربه.

وأما الجواب عن قولهم: لا يباع فى العادة، فإنه لا يلزم من عدم بيعه فى العادة ألا يصح بيعه؛ ولهذا يجوز بيع بيض العصافير، وبيع الطحال، ونحو ذلك مما لا يباع فى العادة.

والجواب عن القياس على الدمع والعرق والمخاط: أنه لا منفعة فيها بخلاف اللبن، وعن الشعر: بأنه لا يجوز الانتفاع به بخلاف اللبن، وعن لبن الأتان: بأنه نجس بخلاف الآدمية، والله تعالى أعلم.

فرع: فى بيع القينة - بفتح القاف - وهى الجارية المغنية، فإذا كانت تساوى ألفا بغير غناء وألفين مع الغناء، فإن باعها بألف صح البيع بلا خلاف وإن باعها بألفين ففيها ثلاثة أوجه ذكرها إمام الحرمين وغيره.

أصحها: يصح بيعها، وبه قال أبو بكر الأزدى؛ لأنها عين طاهرة منتفع بها فجاز بيعها بأكثر من قيمتها، كسائر الأعيان.

والثانى: لا يصح، قاله أبو بكر المحمودى من أصحابنا؛ لأن الألف الثانى تصير فى معنى المقابل للغناء.

والثالث: إن قصد الغناء بطل البيع وإلا فلا.

قال الشيخ أبو زيد المروزى: قال إمام الحرمين: القياس السديد هو الجزم بالصحة ذكره فى فروع مبتورة عند كتاب الصداق.

وأما الحديث الذى يروى عن على بن يزيد عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبى أمامة عن رسول الله ﷺ قال: «لَا تَبِيعُوا الْقَيْنَاتِ وَلَا تَشْتَرُوهُنَّ وَلَا تُعَلِّمُوهُنَّ، وَلَا خَيْرَ فِى تِجَارَةٍ فِيهِنَّ، وَثَمَنُهُنَّ حَرَامٌ»[1]، وفى مثل هذا أنزلت هذه الآية: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ﴾ [لقمان:٦] رواه بهذا الإسناد الترمذى وابن ماجه والبيهقى وغيرهم، واتفق الحفاظ على أنه ضعيف؛ لأن مداره على على بن يزيد وهو ضعيف عند أهل الحديث ضعفه أحمد بن حنبل وسائر الحفاظ..

قال البخارى: هو منكر الحديث.

وقال النسائى: ليس هو ثقة.

وقال أبو حاتم: ضعيف الحديث، أحاديثه منكرة.

وقال يعقوب بن أبى شيبة: هو واهى الحديث.

قال الترمذى فى تعليقه: هذا الحديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وعلى بن يزيد تكلم فيه بعض أهل العلم[2] وضعفه.

---

(١) أخرجه الحميدى (٩١٠)، وأحمد (٥/ ٢٥٢، ٢٦٤)، والترمذى (٢/ ٥٥٨) فى باب ما جاء فى كراهية بيع المغنيات (١٢٨٢)، (١٣٩٥)، وقال حديث أبى أمامة غريب.
وكذا فى العلل الكبير (٣٣٥)، وابن ماجة (٣/ ٥٣٠) فى كتاب التجارات باب ما لا يحل بيعه (٢١٦٨)، والطبرانى فى الكبير (٧٨٠٥).

(٢) زاد فى أ: على بن يزيد.

ونقل البيهقى عن الترمذى - يعنى من كتاب العلل له - قال: سألت البخارى عن هذا الحديث فقال: على بن يزيد ذاهب الحديث.

قال البيهقى: وروى عن ليث بن أبى سليم عن عبد الرحمن بن سابط عن عائشة، وليس بمحفوظ وخلط فيه ليث.

فرع: الكبش المتخذ للنطاح، والديك المتخذ للهراش بينه وبين غيره، حكمه فى البيع حكم الجارية المغنية فإن باعه بقيمته ساذجا جاز، وإن زاد بسبب النطاح والهراش ففيه الأوجه الثلاثة:

أصحها: صحة بيعه، وممن ذكر المسألة القاضى حسين وآخرون.

وأما قول الغزالى فى الوسيط فى أول كتاب البيع: «فى بيع القينة والكبش الذى يصلح للنطاح كلام سنذكره» فلم يذكره فى الوسيط، وكأنه نوى أن يذكره حيث ذكره شيخه إمام الحرمين عند كتاب الصداق ثم نسيه حين وصله.

فرع: بيع إناء الذهب أو الفضة صحيح قطعا؛ لأن المقصود عين الذهب والفضة، وقد سبقت المسألة فى باب الآنية.

فرع: بيع الماء المملوك صحيح على المذهب، وبه قطع الجمهور، وستأتى تعاريفه - إن شاء الله تعالى - فى إحياء الموات.

فإذا صححنا بيع الماء، ففى بيعه على شط النهر مع التمكن من الأخذ من النهر وبيع التراب فى الصحراء وبيع الحجارة بين الشعاب الكبيرة والأحجار وجهان مشهوران فى كتب الخراسانيي:

أصحهما: جوازه، وبه قطع العراقيون وجماعة من الخراسانيين؛ لأنه وجد فيه جميع شرائط المبيع، وإنما الاستغناء عنه لكثرته، وذلك لا يمنع صحة البيع.

والثانى: بطلانه؛ لأن بذل المال فيه والحالة هذه سفه، والله تعالى أعلم.

فرع: قال أصحابنا: السم إن كان يقتل كثيره وينفع قليله كالسقمونيا والأفيون جاز بيعه بلا خلاف، وإن قتل قليله وكثيره، فالمذهب بطلان بيعه وبه قطع الجمهور.

ومال إمام الحرمين ووالده إلي الجواز ليدس فى طعام الكافر.

فرع: آلات الملاهى كالمزمار والطنبور وغيرهما إن كانت بحيث لا تعد بعد الرض والحل مالا، لم يصح بيعها؛ لأنه ليس فيها منفعة شرعا، وهكذا قطع به الأصحاب فى جميع الطرق إلا المتولى والرويانى فحكيا فيه وجها: أنه يصح البيع،

وهو شاذ باطل.

وإن كان رضاضها يعد مالا ففى صحة بيعها وبيع الأصنام والصور المتخذة من الذهب والفضة وغيرها ثلاثة أوجه:

أصحها: البطلان، وبه قطع كثيرون.

والثانى: الصحة.

والثالث - وهو اختيار القاضى حسين فى تعليقه والمتولى وإمام الحرمين والغزالى -: أنه إن اتخذ من جوهر نفيس صح بيعها، وإن اتخذ من خشب ونحوه فلا.

قال الرافعى: والمذهب البطلان مطلقا، قال: وبه قطع عامة الأصحاب، والله تعالى أعلم.

فرع: قال القاضى حسين والمتولى والرويانى وغيرهم: يكره بيع الشطرنج.

قال المتولى: وأما الخرز[1] فإن صلح لبيادق الشطرنج فكالشطرنج وإلا فكالمزمار.

فرع: قال المتولى: لبن الأضحية المعينة يتصدق به على الفقراء فى الحال ويجوز لهم بيعه.

قال: وكذا لبن صيد الحرم إذا أبحنا للفقراء شربه ويجوز لهم بيعه؛ لأنه طاهر منتفع به.

فرع: يجوز بيع المشاع كنصف من عبد أو بهيمة أو ثوب أو خشبة أو أرض أو شجرة أو غير ذلك بلا خلاف سواء كان مما ينقسم أم لا؛ كالعبد والبهيمة؛ للإجماع، فلو باع بعضا شائعا من الشىء بمثله من ذلك الشىء كدار بينهما نصفين فباع النصف الذى له بالنصف الذى لصاحبه، ففى صحة البيع وجهان، حكاهما إمام الحرمين وغيره:

أحدهما: لا يصح؛ لعدم الحاجة إليه.

وأصحهما: يصح، وبه قطع المتولى لوجود شرائطه؛ كما لو باع درهما بدرهم من سكة واحدة أو صاعا بصاع من صبرة واحدة، فعلى هذا، يملك كل واحد

---

(١) فى أ: النرد.

النصف الذى كان لصاحبه، وتظهر فائدته فى مسائل:

منها: لو كانا جميعا أو أحدهما قد ملك نصيبه بالهبة من والده انقطعت سلطة الرجوع فى الهبة؛ لزوال ملكه عن العين الموهوبة.

ومنها: لو ملكه بالشراء ثم اطلع على عيب بعد هذا التصرف، لم يملك الرد على بائعه.

ومنها: لو ملكه بالصداق ثم طلقها قبل الدخول، لم يكن له الرجوع فيه.

ومنها: لو اشترى النصف ولم يؤد ثمنه ثم حجر عليه بالإفلاس، لم يكن للبائع الرجوع فيه بعد هذا التصرف لو باع النصف الذى له بالثلث من نصيب صاحبه ففى الصحة الوجهان:

أصحهما: الصحة، ويصير بينهما أثلاثا، وبهذا قطع صاحب التقريب والمتولى واستبعده إمام الحرمين، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: قال أصحابنا: لا يصح بيع العبد المنذور إعتاقه؛ كما لا يصح بيع أم الولد. وممن صرح به المتولى والرويانى وقد سبقت الإشارة إليه عند ذكر شروط المبيع، والله سبحانه وتعالى أعلم.

* * *

[باب ما نهى عنه من بيع الغرر][1]

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: ولا يجوز بيع المعدوم كالثمرة التى لم تخلق؛ لما روى أبو هريرة - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ»، والغرر: ما انطوى عنه أمره، وخفى عليه عاقبته؛ ولهذا قالت عائشة - رضى الله عنها - فى وصف أبى بكر - رضى الله عنه -: «فرد نشر الإسلام على غره» أى: على طيه، والمعدوم قد انطوى عنه أمره، وخفى عليه عاقبته، فلم يجز بيعه، وروى جابر - رضى الله عنه -: «أَنَّ النَّبِي ﷺ نَهَى عَنِ الْمُعَاوَمَةِ وَفِى بَعْضِهَا عَنْ بَيْعِ السِّنِينَ».

الشرح: حديث أبى هريرة رواه مسلم وحديث جابر رواه مسلم أيضا ولفظه: «أَنَّ النَّبِى ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ السِّنِينَ»[2].

وفى رواية أبى داود ذكر السنين والمعاومة، كما ذكره المصنف وإسناده إسناد الصحيح، ولفظ المعاومة فى الترمذى أيضا، وقال: هو حديث حسن صحيح، وفى رواية لمسلم: «بيع تمر سنتين»، وهو مفسر لبيع السنين وبيع المعاومة.

وأما الأثر المذكور عن عائشة فمشهور[3] من جملة خطبتها المشهورة التى ذكرت فيها أحوال أبيها وفضائله.

وقولها: «نشر الإسلام» هو بفتح النون والشين، والإسلام مجرور بالإضافة، أى: رد ما انتشر من الإسلام ودخله من الاختلاف وتفرق الكلمة إلى ما كان عليه فى

---

(١) سقط فى ط.

(٢) حديث أبى هريرة أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٣)، فى كتاب البيوع: باب بطلان بيع الحصاة (٤/ ١٥١٣)، وأخرجه أبو داود (٣/ ٢٥٤)، فى البيوع: باب فى بيع الغرر (٣٣٧٦)، والترمذى (٣/ ٥٣٢)، فى البيوع: باب ما جاء فى كراهية بيع الغرر، وقال حسن صحيح، والنسائى (٧/ ٢٦٢)، فى البيوع: باب بيع الحصاة، وابن ماجة (٢/ ٧٣٩)، فى التجارات: باب النهى عن بيع الحصاة وبيع الغرر (٢١٩٤)، وأحمد فى المسند (٢/ ٢٥١ - ٣٧٦ - ٤٣٦ - ٤٣٩ - ٤٩٦).

وأما حديث جابر فأخرجه مسلم (٣/ ١١٧٨)، فى البيوع: باب كراء الأرض (١٠١/ ١٥٣٦)، وفى (٣/ ١١٩١)، فى المساقاة: باب وضع الجوائح (١٧/ ١٥٥٤)، والشافعى فى المسند (٢/ ١٥١)، فى البيوع: باب فيما نهى عنه من البيوع (٥٢٢ترتيب)، وأبو داود فى السنن (٣/ ٢٥٤)، فى البيوع: باب فى بيع السنين (٣٣٧٤)، وابن ماجه: (٢/ ٧٤٧)، فى التجارات: باب بيع الثمار سنين (٢٢١٨).

(٣) تقدم تخريجه.

زمان النبى ﷺ وهو المراد بقولها: «على غره»، والله تعالى أعلم.

أما حكم المسألة: فبيع المعدوم باطل بالإجماع، ونقل ابن المنذر وغيره إجماع المسلمين على بطلان بيع الثمرة سنتين ونحو ذلك.

فرع: الأصل أن بيع الغرر باطل لهذا الحديث، والمراد ما كان فيه غرر ظاهر يمكن الاحتراز عنه.

فأما ما تدعو إليه الحاجة ولا يمكن الاحتراز عنه؛ كأساس الدار وشراء الحامل مع احتمال أن الحمل واحد أو أكثر وذكر أو أنثى، وكامل الأعضاء أو ناقصها، وكشراء الشاة فى ضرعها لبن، ونحو ذلك - فهذا يصح بيعه بالإجماع ونقل العلماء الإجماع أيضا فى أشياء غررها حقير.

منها: أن الأمة أجمعت على صحة بيع الجبة المحشوة، وإن لم ير حشوها، ولو باع حشوها منفردا لم يصح.

وأجمعوا على جواز إجارة الدار وغيرها شهرا، مع أنه قد يكون ثلاثين يوما، وقد يكون تسعة وعشرين.

وأجمعوا على جواز دخول الحمام بأجرة، وعلى جواز الشرب من ماء السقاء بعوض مع اختلاف أحوال الناس فى استعمال الماء و مكثهم فى الحمام.

قال العلماء: مدار البطلان بسبب الغرر، والصحة مع وجوده على ما ذكرناه، وهو أنه إذا دعت الحاجة إلى ارتكاب الغرر ولا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة، أو كان الغرر حقيرا - جاز البيع، وإلا فلا.

وقد تختلف العلماء فى بعض المسائل؛ كبيع العين الغائبة، وبيع الحنطة فى سنبلها، ويكون اختلافهم مبنيا على هذه القاعدة، فبعضهم يرى الغرر يسيرا لا يؤثر، وبعضهم يراه مؤثرا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: ولا يجوز بيع ما لا يملكه من غير إذن مالكه؛ لما روى حكيم بن حزام - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ».

ولأن ما لا يملكه لا يقدر على تسليمه فهو كالطير فى الهواء أو السمك فى الماء.

الشرح: حديث حكيم[(١)] صحيح رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وغيرهم بأسانيد صحيحة وقال الترمذى: هو حديث حسن، وقول المصنف: «من غير إذن» يريد من غير إذن شرعى، فيدخل فيه الوكيل والولى والوصى وقيم القاضى فى بيع مال المحجور عليه والقاضى ونائبه فى بيع مال من توجه عليه أداء دين لو امتنع عن بيع ماله فى وفائه، فكل هذه الصور يصح فيها البيع لوجود الإذن الشرعى، ويخرج منه إذن المحجور عليه لصغر أو فلس أو سفه أو رهن، فإنه لو أذن لأجنبى فى البيع لم يصح، مع أنه مالك، وجملة القول فى هذا الفصل أنه سبق أن شروط المبيع خمسة: منها أن يكون مملوكا لمن يقع العقد له، فإن باشر العقد لنفسه فشرطه كونه مالكا للعين، وإن باشره لغيره بولاية أو وكالة فشرطه أن يكون لذلك الغير، فلو باع مال غيره بغير إذن ولا ولاية فقولان: الصحيح: أن العقد باطل، وهذا نصه فى الجديد وبه قطع المصنف وجماهير العراقيين وكثيرون أو الأكثرون من الخراسانيين لما ذكره المصنف وسنزيده دلالة فى فرع مذاهب العلماء إن شاء الله تعالى. والقول الثانى وهو القديم: إنه ينعقد موقوفا على إجازة المالك إن أجاز صح البيع وإلا لغا، وهذا القول حكاه الخراسانيين وجماعة من العراقيين منهم المحاملى فى اللباب والشاشى وصاحب البيان وسيأتى دليله إن شاء الله تعالى فى فرع مذاهب العلماء. وأما قول إمام الحرمين: أن العراقيين لم يعرفوا هذا القول، وقطعوا بالبطلان، فمراده متقدموهم، ثم إن كل من حكاه إنما حكاه عن القديم خاصة، وهو نص للشافعى فى البويطى، وهو من الجديد قال الشافعى فى آخر باب الغصب من البويطى: إن صح حديث عروة البارقى فكل من باع أو أعتق ملك غيره بغير إذنه ثم رضى، فالبيع والعتق جائزان هذا نصه، وقد صح حديث عروة البارقى كما سنوضحه قريبا إن شاء الله تعالى فى فرع مذاهب العلماء، فصار للشافعى قولان فى الجديد

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٨٦٨ - ٨٦٩) كتاب: البيوع، باب: فى الرجل يبيع ما ليس عنده، حديث (٣٥٠٣)، والترمذى (٣/ ٥٣٤) كتاب: البيوع، باب: كراهية بيع ما ليس عندك، حديث (١٢٣٢)، والنسائى (٧/ ٢٨٩) كتاب: البيوع، باب: بيع ما ليس عند البائع،، وابن ماجه (٢/ ٧٣٧) كتاب: التجارات، باب: النهى عن بيع ما ليس عندك، حديث (٢١٧٨)، وأحمد (٣/ ٤٠٢، ٤٣٤)، وابن الجارود رقم (٦٠٢)، والبيهقى (٥/ ٣١٧) كتاب: البيوع، باب: ما ورد فى كراهية التبايع بالعينة، والطبرانى فى الصغير (٢/ ٤) من حديث حكيم بن حزام.

أحدهما موافق للقديم، والله تعالى أعلم. قال الخراسانيون: ويجرى القولان فيما لو زوج أمة غيره أو ابنته أو طلق منكوحته أو أعتق مملوكه أو أجر داره أو وهبها بغير إذنه، قال إمام الحرمين: يطرد هذا القول فى كل عقد يقبل الاستنابة كالبيوع والإجارات والهبات والعتق والنكاح والطلاق وغيرها، ويسمى هذا بيع الفضولى، وقال إمام الحرمين والغزالى فى البسيط والمحاملى وخلائق لا يحصون: القولان فى بيع الفضولى جاريان فى شرائه لغيره بغير إذن، قال أصحابنا: فإذا اشترى الفضولى لغيره نظر: إن اشترى بعين مال ذات الغير ففيه هذان القولان الجديد بطلانه والقديم وقفه على الإجازة، وإن اشترى فى الذمة نظر إن أطلق لفظ العقد ونوى كونه للغير فعلى الجديد يقع للمباشر، وعلى القديم يقف على الإجازة، فإن أجاز نفذ للمجيز، وإلا نفذ للمباشر، وإن قال: اشتريت لفلان بألف فى ذمته، فهو كاشترائه بعين مال الغير، ففيه القولان الجديد: بطلانه، والقديم: وقفه على الإجازة، وإن اقتصر على قوله: اشتريت لفلان بألف ولم يضف الثمن إلى ذمته فعلى الجديد فيه وجهان حكاهما إمام الحرمين والغزالى وغيرهما أحدهما يلغو العقد والثانى يقع على المباشر، وعلى القديم يقف على الإجازة فإن أجاز نفذ للمجيز وإلا ففيه الوجهان فى وقوعه للمباشر أما إذا اشترى شيئا لغيره بمال نفسه فإن لم يسمه فى العقد وقع العقد للمباشر بلا خلاف، سواء كان ذلك الغير أذن له أم لا، وإن سماه نظر إن لم يأذن له لغت التسمية، وهل يقع للمباشر أم يبطل؟ فيه الوجهان، فإن أذن له فهل تلغو التسمية؟ فيه وجهان فإن قلنا تلغو، فهل يبطل العقد من أصله؟ أم يقع عن المباشر؟ فيه الوجهان وإن قلنا: لا تلغو وقع عن الإذن، وهل يكون الثمن المدفوع قرضا؟ أم هبة؟ وجهان. قال الشيخ أبو محمد الجوينى: وحيث قلنا بالقديم فشرطه أن يكون للعقد مجيز فى الحال مالكا كان أو غيره، حتى لو أعتق عبد الصبى أو طلق امرأته لا يتوقف على إجازته بعد البلوغ بلا خلاف، والمعتبر إجازة من يملك التصرف عند العقد حتى لو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينفذ، وكذا لو باع ملك الغير ثم ملكه البائع وأجاز لم ينفذ قطعا، والله تعالى أعلم.

فرع: لو غصب أموالا وباعها وتصرف فى أثمانها مرة بعد أخرى بحيث يعسر أو يتعذر تتبع ملك التصرفات بالنقض وقلنا بالجديد فقولان، حكاهما إمام الحرمين والغزالى وغيرهما:

أصحهما: بطلان التصرفات كلها، كما لو كان تصرفا واحدا لأنه ممنوع من كل تصرف منها.

والثاني:

للمالك أنْ يجيزها ويأخذ الحاصل من أثمانها لعسر تتبعها بالنقض، والله تعالى أعلم.

فرع: لو باع مال مورثه على ظن أنه حى وأنه فضولى فبان ميتا حينئذ وأنه ملك العاقد فقولان، وقيل: وجهان مشهوران:

أصحهما: أن العقد صحيح لصدوره من مالك .

والثاني: البطلان لأنه فى معنى المعلق بموته ولأنه كالغائب قال الرافعى: ولا يبعد تشبيه هذا الخلاف ببيع الهازل، هل ينفذ أم لا؟ وفيه وجهان. والخلاف فى بيع التلجئة وصورته أن يخاف غصب ماله أو الإكراه على بيعه، فيبيعه لإنسان بيعا مطلقا، وقد توافقا قبله على أنه لدفع الشر، لا على صفة البيع، والصحيح صحته، لأن الاعتبار عندنا بظاهر العقود، لا بما ينويه العاقدان ولهذا يصح بيع العينة ونكاح من قصد التحليل ونظائره. قال أصحابنا: ويجرى الخلاف فى بيع العبد على ظن أنه آبق أو مكاتب فبان أنه رفع، وأنه فسخ الكتابة قالوا: ويجرى فيمن زوج أمة أبيه على ظن حياته، فبان ميتا، هل يصح النكاح؟ والأصح صحته. قال الرافعى: فإن صح فقد نقلوا فيه وجهين فيمن قال: إن مات أبى فقد زوجتك هذه الجارية.

قلت: الأصح هنا البطلان، ويجرى القولان فيمن باع واشترى لغيره على ظن أنه فضولى، فبان أنه قد وكله فى ذلك والأصح صحة تصرفه، والله سبحانه وتعالى أعلم. هذان القولان فى بيع الفضولى، وفى الفرعين بعده يعبر عنهما بقولى وقف العقود، وحيث قال أصحابنا الخراسانيون: فيه قولا وقف العقود أرادوا هذين وسميا بذلك لأن الخلاف راجع إلى العقد هل ينعقد على التوقف؟ أم لا ينعقد بل يكون باطلا من أصله؟ قال إمام الحرمين: والصحة على قول الوقف وهو القديم ناجز ولكن الملك لا يحصل إلا عند الإجازة، والله أعلم.

فرع: فى مذاهب العلماء فى تصرف الفضولى بالبيع وغيره فى مال غيره بغير إذنه:

قد ذكرنا أن مذهبنا المشهور بطلانه، ولا نقف على الإجازة، وكذا الوقف

والنكاح وسائر العقود، وبهذا قال أبو ثور وابن المنذر وأحمد[١] فى أصح الروايتين عنه.

وقال مالك[٢]: يقف البيع والشراء والنكاح على الإجازة، فإن أجازه من عقد له صح، وإلا بطل.

وقال أبو حنيفة[٣]: إيجاب النكاح وقبوله يقفان على الإجازة، ويقف البيع على

---

(١) قال فى الإنصاف (٤/ ٢٨٢): (فإن باع ملك غيره بغير إذنه، أو اشترى بعين ماله شيئا بغير إذنه : لم يصح) وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب وجزم به في الوجيز، وغيره . وقدمه في الفروع، والمحرر، والرعايتين، والحاويين، والنظم، وغيرهم . وعنه يصح . ويقف على إجازة المالك . اختاره في الفائق، وقال : لا قبض ولا إقباض قبل الإجازة . قال بعض الأصحاب، في طريقته : يصح . ويقف على إجازة المالك . ولو لم يكن له مجيز في الحال . وعنه صحة تصرف الغاصب

(٢) قال فى أسهل المدارك: وأما بيع الفضولى فيتوقف على إجازة المالك. قال ابن جزى: ينعقد بيع الفضولى وتوقف على إذن ربه. قال فى قرة العين بفتاوى علماء الحرمين: ما قولكم فى رجل فضولى باع سلعة رجل آخر بغير إذنه، وصاحب السلعة حاضر ساكت، هل يكون البيع لازما أم لا؟ الجواب: فى أقرب المسالك، وصح بيع غير المالك للسلعة وهو المسمى بالفضولى، ولو علم المشترى أن البائع لا يملك المبتاع، والبيع لازم من جهة الفضولى منحل من جهة المالك، ووقف البيع على رضاه ما لم يقع البيع بحضرته وهو ساكت فيكون لازما من جهته أيضاً، وصار الفضولى كالوكيل؛ وكذا يكون البيع لازما إذا بلغ المالك بيع الفضولى وسكت سنة كاملة من حين علمه من غير مانع يمنعه من القيام، ولا يعذر بجهل فى سكوته ا. هـ. وإذا أمضى المالك بيع الفضولى فإن المالك يطالب الفضولى بالثمن ما لم يمض عام، فإن مضى وهو ساكت سقط حقه. هذا إن بيع بحضرته، وأما إن بيع بغير حضرته فلا يسقط ما لم تمض مدة الحيازة وهى عشرة أعوام. وظاهر كلامهم كان المبيع عقارًا أو غيره، ومحل كون المالك ينقض بيع الفضولى إن لم يفت المبيع، فإن فات بذهاب عينه فقط كان على الفضولى الأكثر من ثمنه وقيمته، ولا فرق بين كون الفضولى غاصبا أو غير غاصب ا. هـ. ملخصا من الدسوقى والدردير. ينظر أسهل المدارك (٢/ ٢٧٣-٢٧٤).

(٣) قال فى بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٥ - ١٤٩): وأما البيع الموقوف فهو بيع مال الغير بغير إذن صاحبه وهو المسمى ببيع الفضولي ولا حكم له يعرف للحال لاحتمال الإجازة والرد من المالك فيتوقف في الجواب في الحال لا أن يكون التوقف حكما شرعيا.

وأصل هذا أن تصرفات الفضولي التي لها مجيز حالة العقد منعقدة موقوفة على إجازة المجيز من البيع، والإجارة، والنكاح، والطلاق، ونحوها فإن أجاز ينفذ، وإلا فيبطل.

وعند الشافعي رحمه الله تصرفاته باطلة .

وجه قول الشافعي رحمه الله أن صحة التصرفات الشرعية بالملك أو بالولاية، ولم يوجد أحدهما فلا تصح، وهذا؛ لأن صحة التصرف الشرعي هو اعتباره في حق الحكم الذي، =

الإجازة ولا يقف الشراء، وأوقفه إسحاق بن راهويه فى البيع واحتج لهم بقوله

= وضع له شرعا لا يعقل للصحة معنى سوى هذا .
فأما الكلام الذي لا حكم له لا يكون صحيحا شرعا، والحكم الذي وضع له البيع شرعا وهو الملك لا يثبت حال وجوده لعدم شرطه، وهو الملك أو الولاية فلم يصح، ولهذا لم يصح شراؤه فكذا بيعه .
ولنا عمومات البيع من نحو قوله - تبارك وتعالى - ﴿وأحل الله البيع﴾، وقوله - عز شأنه - ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ وقوله - سبحانه وتعالى - ﴿ فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض، وابتغوا من فضل الله ﴾ شرع - سبحانه وتعالى - البيع والشراء والتجارة وابتغاء الفضل من غير فصل بين ما إذا وجد من المالك بطريق الأصالة، وبين ما إذا وجد من الوكيل في الابتداء أو بين ما إذا، وجدت الإجارة من المالك في الانتهاء وبين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل . وروي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه دفع دينارا إلى حكيم بن حزام رضي الله عنه وأمره أن يشتري له أضحية فاشترى شاتين، ثم باع إحداهما بدينار، وجاء بدينار وشاة إلى النبي عليه الصلاة والسلام فدعا له بالبركة، وقال : عليه الصلاة والسلام بارك الله في صفقة يمينك، ومعلوم أنه لم يكن حكيم مأمورا ببيع الشاة فلو لم ينعقد تصرفه لما باع، ولما دعا له رسول الله ﷺ بالخير، والبركة على ما فعل، ولأنكر عليه؛ لأن الباطل ينكر، ولأن تصرف العاقل محمول على الوجه الأحسن ما أمكن، وقد أمكن حمله على الأحسن ههنا، وقد قصد البر به والإحسان إليه بالإعانة على ما هو خير للمالك في زعمه لعلمه بحاجته إلى ذلك لكن لم يتبين إلى هذه الحالة لموانع، وقد يغلب على ظنه زوال المانع فأقدم عليه نظرا لصديقه، وإحسانا إليه لبيان المحمدة والثناء لتحمل مؤنة مباشرة التصرف الذي هو محتاج إليه والثواب من الله - عز وجل - بالإعانة على البر والإحسان قال الله - تبارك وتعالى - ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ﴾، وقال - تعالى جل شأنه - ﴿ وأحسنوا إن الله يحب المحسنين ﴾ إلا أن في هذه التصرفات ضررا في الجملة؛ لأن للناس رغائب في الأعيان، وقد يقدم الرجل على شيء ظهرت له الحاجة عنه بإزالته عن ملكه لحصول غرضه بدون ذلك ونحو ذلك فيتوقف على إجازة المالك حتى لو كان الأمر على ما ظنه مباشر التصرف إجازة وحصل له النفع من جهته، فينال الثواب والثناء وإلا فلا يجيزه، ويثني عليه بقصد الإحسان وإيصال النفع إليه فلا يجوز القول بإهدار هذا التصرف، وإلحاق كلامه، وقصده بكلام المجانين، وقصدهم مع ندب الله - عز وجل - إلى ذلك، وحثه عليه لما تلونا من الآيات، وقوله صحة التصرف عبارة عن اعتباره في حق الحكم قلنا نعم، وعندنا هذا التصرف مفيد في الجملة، وهو ثبوت الملك فيما يتضرر المالك بزواله موقوفا على الإجازة إما من كل وجه أو من وجه لكن لا يظهر شيء من ذلك عند العقد، وإنما يظهر عند الإجازة، وهو تفسير التوقف عندنا أن يتوقف في الجواب في الحال أنه صحيح في حق الحكم أم لا، ولا يقطع القول به للحال، ولكن يقطع القول بصحته عند الإجازة، وهذا جائز، وله نظائر في الشرع، وهو البيع بشرط الخيار للبائع أو المشتري على ما عرف .

تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢] وفى هذا إعانة لأخيه المسلم، لأنه لا يكفيه نعت البيع إذا كان مختارا له، وبحديث حكيم بن حزام: «أن رسول الله ﷺ أعطاه دينارا يشترى له به أضحية فاشترى به أضحية وباعها بدينارين، واشترى أضحية بدينار، وجاءه بأضحية ودينار فتصدق النبى ﷺ بالدينار ودعا له بالبركة»(١) رواه أبو داود والترمذى وبحديث عروة البارقى قال: «دفع إلى رسول الله ﷺ دينارا لأشترى له شاة، فاشتريت له شاتين فبعت إحداهما بدينار، وجئت بالشاة والدينار إلى رسول الله ﷺ فذكر له ما كان من أمره، فقال: بارك الله لك فى صفقة يمينك، فكان يخرج بعد ذلك إلى كناسة الكوفة فيربح الربح العظيم، فكان من أكثر أهل الكوفة مالا»(٢) رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه، هذا لفظ الترمذى، وإسناد الترمذى صحيح وإسناد الآخرين حسن، فهو حديث صحيح. وبحديث ابن عمر فى قصة الثلاثة أصحاب الغار أن النبى ﷺ قال: «قال الثالث اللهم استأجرت أجراء فأعطيتهم أجرهم غير رجل واحد، ترك الذى له وذهب، فثمرت أجره حتى كثرت منه الأموال فجاءنى بعد حين فقال: يا عبد الله أد إلى أجرى، فقلت: كل ما ترى من أجرك من الإبل والبقر والغنم والرقيق، فقال: يا عبد الله لا تستهزئ بى، فقلت: لا أستهزئ فأخذه كله فاستاقه فلم يترك منه شيئا». وفى رواية «استأجرت أجيرا بفرق أرز» وذكر ما سبق رواه البخارى ومسلم(٣). قالوا: ولأنه عقد له مجيز حال وقوعه فجاز أن يقف على الإجازة كالوصية بأكثر من الثلث، ولأن البيع بشرط خيار ثلاثة أيام يجوز بالاتفاق، وهو بيع موقوف على الإجازة، قالوا: ولأن إذن المالك لو كان شرطا فى انعقاد البيع لم يجز أن يتقدم على البيع؛ لأن ما كان شرطا للبيع لا يجوز

---

(١) أخرجه الترمذى (٢/ ٥٣٥ - ٥٣٦) فى أبواب البيوع (١٢٥٧)، وقال حديث حكيم ابن حزام لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وعبدالرزاق (١٤٨٣١)، وابن أبى شيبة (١٤/ ٢١٨)، وأبو داود (٢/ ٢٧٦ - ٢٧٧) فى كتاب البيوع باب فى المضارب يخالف (٣٣٨٦)، والبيهقى (٦/ ١١٢).

(٢) أخرجه أحمد (٤/ ٣٧٥، ٣٧٦)، وأبو داود (٢/ ٢٧٦) (٣٣٨٤، ٣٣٨٥)، وعبدالله فى زياداته على المسند (٤/ ٩٣٧٦ والطبرانى فى الكبير (١٧/ حديث ٤٢١)، والدارقطنى (٣/ ١٠)، وابن ماجه فى سننه (٤/ ٦٥) كتاب الصدقات باب الأمين يتجر فيه فيربح (٢٤٠٢).

(٣) أخرجه البخارى (٥/ ٢٠٩ - ٢١٠) فى كتاب الإجارة باب من استأجر أجيرًا فترك أجره (٢٢٧٢)، ومسلم (٤/ ٢٠٩٩ - ٢١٠٠) فى كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار باب قصة أصحاب الغار (١٠٠/ ٢٧٤٣).

تقدمه عليه، ولهذا لما كانت الشهادة شرطا فى النكاح اشترط مقارنتها العقد، فلما أجمعنا على أن الإذن فى البيع يجوز تقدمه دل على أنه ليس بشرط فى صحة انعقاده.

واحتج أصحابنا بحديث حكيم بن حزام قال: سألت رسول الله ﷺ فقلت: يأتينى الرجل يسألنى من البيع ما ليس عندى أبتاع له من السوق ثم أبيعه منه؟ قال «لا تبع ما ليس عندك»[١] وهو حديث صحيح سبق بيانه أول هذا الفصل. وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال: «لا طلاق إلا فيما تملك ولا عتق إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك، ولا وفاء نذر إلا فيما تملك»[٢] حديث حسن أو صحيح رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه وغيرهم من طرق كثيرة بأسانيد حسنة، ومجموعها يرتفع عن كونه حسنا. ويقتضى أنه صحيح وقال الترمذى: هو حديث حسن. وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرسل عتاب بن أسيد إلى أهل مكة أن أبلغهم عنى أربع خصال: «أنه لا يصلح شرطان فى بيع، ولا بيع وسلف، ولا تبع ما لم تملك، ولا ربح ما لم تضمن»[٣] رواه الترمذى والنسائى وابن ماجه بأسانيد صحيحة، ولأنه أحد طرفى البيع فلم يقف على الإجازة كالقبول ولأنه باع ما لا يقدر على تسليمه فلم يصح، كبيع الآبق، والسمك فى الماء، والطير فى الهواء.

وأما احتجاجهم بالآية الكريمة، فقال أصحابنا: ليس هذا من البر والتقوى، بل هو من الإثم والعدوان وأما حديث حكيم فأجاب أصحابنا عنه بجوابين:

أحدهما: أنه حديث ضعيف.

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١١٤٥٦)، وسعيد بن منصور (١٠٢٠)، وأحمد (٢/ ١٨٥، ١٨٩، ١٩٠، ٢٠٧، ٢١٠)، وأبو داود (٢١٩٠)، (٢١٩١)، (٢١٩٢)، (٣٢٧٣)، والترمذى (٢/ ٤٧٢ - ٤٧٣) (١١٨١)، وفى العلل الكبرى له (٣٠٢)، وابن ماجة (٢٠٤٧)، (٢١١١)، والنسائى (٧/ ٢٨٨)، والدارقطنى (٤/ ١٤ - ١٥)، وابن الجارود (٧٤٣)، والحاكم (٢/ ٢٠٥)، وأبو نعيم فى أخبار أصبهان (١/ ٢٩٥)، والبيهقى (٧/ ٣١٨)

(٣) أخرجه أحمد (٢/ ١٧٤، ١٧٨، ٢٠٥)، والنسائى (٧/ ٢٩٥) فى كتاب البيوع باب سلف وبيع وهو أن يبيع السلعة على أن يسلفه سلفًا (٤٦٤٣، ٤٦٤٤، ٤٦٤٥)، وأبو داود (٢/ ٣٠٥ - ٣٠٦) فى كتاب البيوع باب فى الرجل يبيع ما ليس عنده (٣٥٠٤)، وابن ماجه (٣/ ٥٤٠ - ٥٤١)، فى كتاب التجارات باب النهى عن بيع ما ليس عندك (٢١٨٨، ٢١٨٩)، والبيهقى فى الكبرى (٥/ ٣١٣).

أما إسناد أبى داود: فيه ففيه شيخ مجهول، وأما إسناد الترمذى ففيه انقطاع بين حديث ابن أبى ثابت، وحكيم بن حزام.

الجواب الثانى: أنه محمول على أنه كان وكيلا للنبى ﷺ وكالة مطلقة، يدل عليه أنه باع الشاة وسلمها واشترى وعند المخالف لا يجوز التسليم إلا بإذن مالكها، ولا يجوز عند أبى حنيفة شراء الثانية موقوفا على الإجازة وهذا الجواب الثانى هو الجواب عن حديث عروة البارقى وأما حديث ابن عمر حديث الغار فجوابه أن هذا شرع لمن قبلنا، وفى كونه شرعا لنا خلاف مشهور.

فإن قلنا: ليس بشرع لنا لم يكن فيه حجة وإلا فهو محمول على أنه استأجره بأرز فى الذمة ولم يسلمه إليه. بل عينه له فلم يتعين من غير قبض، فبقى على ملك المستأجر لأن ما فى الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح، ثم إن المستأجر تصرف فيه وهو ملكه فيصح تصرفه سواء اعتقده له أو للأجير، ثم تبرع بما اجتمع منه على الأجر بتراضيهما.

والجواب عن قياسهم على الوصية أنها تحتمل الغرر وتصح بالمجهول والمعدوم، بخلاف البيع.

والجواب عن شرط الخيار أن البيع مجزوم به منعقد فى الحال، وإنما المنتظر فسخه، ولهذا إذا مضت المدة ولم يفسخ لزم البيع

(والجواب) عن القياس الأخير أنه ينتقض بالصوم، فإن النية شرط لصحته، وتتقدم عليه، ولأن الإذن ليس متقدما على العقد، وإنما الشرط كونه مأذونا له حالة العقد، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: إذا باع إنسان سلعة وصاحبها حاضر لم يأذن ولم يتكلم ولم ينكر، لم يصح البيع عندنا.

ويه قال ابن المنذر، وحكاه عن أبى حنيفة وأبى يوسف.

وقال ابن أبى ليلى: يصح البيع.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -: ولا يجوز بيع ما لم يستقر ملكه عليه، كبيع الأعيان المملوكة بالبيع والإجارة والصداق، وما أشبهها من المعاوضات قبل القبض؛ لما روى أن حكيم بن حزام قال: «يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّى أَبِيعُ بُيُوعًا كَثِيرَةً فَمَا يَحِلُّ لِى مِنْهَا مِمَّا يَحْرُمُ؟ قَالَ: لَا تَبِعْ مَا لَمْ تَقْبِضْهُ».

ولأن ملكه عليه غير مستقر؛ لأنه ربما هلك فانفسخ العقد، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز، وهل يجوز عتقه؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يجوز؛ لما ذكرناه.

والثاني: يجوز؛ لأن العتق له سراية فصح لقوته.

فأما ما ملكه بغير معاوضة منه كالميراث والوصية أو عاد إليه بفسخ عقد، فإنه يجوز بيعه وعتقه قبل القبض؛ لأن ملكه عليه مستقر فجاز التصرف فيه كالمبيع بعد القبض.

الشرح: حديث حكيم [1] رواه البيهقى بلفظه هذا، وقال: إسناده حسن متصل، وفى الصحيحين أحاديث بمعناه سنذكرها - إن شاء الله تعالى - فى فرع مذاهب العلماء.

أما الأحكام: فمذهبنا: أنه لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه عقارا كان أو منقولا، لا بإذن البائع ولا بغير إذنه، لا قبل أداء الثمن ولا بعده، وفى إعتاقه ثلاثة أوجه:

أصحها - وهو قول جمهور أصحابنا المتقدمين -: يصح ويصير قبضا، سواء كان للبائع حق الحبس أم لا.

والثاني: لا يصح، وهو قول أبى على بن خيران، ودليلهما فى الكتاب.

والثالث - قاله ابن سريج، وحكاه عنه القاضى أبو الطيب فى تعليقه -: إن لم يكن للبائع حق الحبس بأن كان الثمن مؤجلا أو حالا أداه المشترى، صح، وإلا فلا.

وفى الكتابة وجهان:

أصحهما - وبه قطع صاحب البيان وغيره -: لا يصح؛ لأنها تقتضى تخليته للتصرف.

ولأنه ليس لها قوة الصرف[2] وسرايته، والاستيلاد كالإعتاق.

ولو وقف المبيع قبل قبضه، قال المتولى:

إن قلنا: الوقف يفتقر إلى القبول، فهو كالبيع وإلا فكالإعتاق، وهذا هو الأصح،

---

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٥/ ٣١٣) فى كتاب البيوع باب النهى عن بيع ما لم يقبض.

(٢) فى أ: العتق.

وبه قطع الماوردى وغيره.

قال الماوردى: ويصير قابضا حتى ولو لم يرفع البائع يده عنه صار مضمونا عليه بالقيمة، قال: وهكذا لو كان طعاما اشتراه جزافا وأباحه للمساكين.

وأما الرهن والهبة ففيهما وجهان، وقيل: قولان:

أصحهما عند جمهور الأصحاب، وبه قطع كثيرون: لا يصحان، وإذا صححناهما فنفس العقد ليس قبضا، بل يقبضه المشترى من البائع، ثم يسلمه إلى المرتهن والمتهب.

فلو أذن المشترى لهما فى قبضه، قال البغوى: يكفى ويتم به البيع والرهن والهبة بعده.

وقال الماوردى: لا يكفى ذلك المبيع وما بعده ولكن ينظر:

إن قصد قبضه للمشترى صح قبض المبيع، ولا بد من استئناف قبض للهبة، ولا يجوز أن يأذن له فى قبضه من نفسه لنفسه، وإن قصد[1] لنفسه لم يحصل القبض للبيع ولا للهبة؛ لأن قبضها يجب أن يتأخر عن تمام البيع، والإقراض والتصدق كالهبة والرهن ففيهما الخلاف.

وأما الإجارة ففيها وجهان مشهوران.

أصحهما عند الأكثرين: لا يصح؛ لأنها بيع.

وحكى المتولى طريقا آخر وصححه، وهو القطع بالبطلان.

وأما تزويج المبيعة قبل قبضها ففيه ثلاثة أوجه:

أصحها: صحته. وبه قطع صاحب البيان؛ لأنه يقتضى ضمانا بخلاف البيع.

قال المتولى وغيره: ولهذا يصح تزويج المغصوبة والآبقة.

والثانى: البطلان.

والثالث: إن لم يكن للبائع حق الحبس صح، وإلا فلا، وحكى هذا الوجه فى الإجارة أيضا.

وإذا صححنا التزويج فوطء الزوج لم يكن قبضا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: قال أصحابنا: كما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض، لا يجوز جعله أجرة

---

(١) فى أ: قبضه.

ولا عوضا فى صلح، ولا إسلامه فى شىء، ولا التولية فيه، ولا الاشتراك، وفى التولية والاشتراك وجه ضعيف.

فرع: قال أصحابنا: المال المستحق للإنسان عند غيره قسمان: دين وعين.

أما الدين فقد ذكره المصنف فى هذا الفصل بعد هذا، وسنوضحه إن شاء الله تعالى.

وأما العين فضربان:

أمانة.

ومضمون.

الضرب الأول، الأمانة: فيجوز للمالك بيع جميع الأمانات قبل قبضها؛ لأن الملك فيها تام وهى كالوديعة فى يد المودع ومال الشركة والقراض فى يد الشريك والعامل، فالمال فى يد الوكيل فى البيع [ونحوه فى يد المرتهن][1] بعد فكاك الرهن، وفى يد المستأجر بعد فراغ المدة، والمال فى يد الولى بعد بلوغ الصبى ورشده، ورشد السفيه، وإفاقة المجنون، وما كسبه العبد باصطياد واحتطاب واحتشاش ونحوها، أو قبله بالوصية قبل أن يأخذه السيد من يده، وما أشبه، هذا كله يجوز بيعه قبل قبضه.

ولو ورث مالا فله بيعه قبل قبضه إلا إذا كان المورث لا يملك بيعه أيضا، بأن اشتراه ولم يقبضه، ولو اشترى من مورثه شيئا ومات المورث قبل التسليم، فله بيعه قبل قبضه، سواء كان على المورث دين أم لا، فإن كان عليه دين تعلق الغريم بالثمن، فإن كان له وارث آخر لم ينفذ بيعه فى قدر نصيب الآخر، حتى يقبضه، ولو أوصى له إنسان بمال فقبل الوصية بعد موت الموصى فله بيعه قبل قبضه، وإن باعه بعد الموت وقبل القبول جاز، إن قلنا: تملك الوصية بالموت.

وإن قلنا: بالقبول أو موقوف، فلا.

والضرب الثانى: المضمونات، وهى نوعان:

الأول: المضمون بالقيمة، ويسمى: ضمان اليد، فيصح بيعه قبل قبضه لتمام الملك فيه ويدخل فيه ما صار مضمونا بالقيمة بعقد مفسوخ وغيره، حتى لو باع عبدا

---

(١) سقط فى ط.

وجد المشترى به عيبا وفسخ البيع كان للبائع بيع العبد قبل أن يسترده ويقبضه.

قال المتولى: إلا إذا لم يؤد الثمن، فإن للمشترى حبسه إلى استرجاع الثمن فلا يصح بيعه قبله، قال: وقد نص الشافعى على هذا.

ولو فسخ المسلم لانقطاع المسلم فيه كان للمسلم بيع رأس المال قبل استرداده.

ولو باع سلعة فأفلس المشترى بالثمن وفسخ به البائع فله بيعها قبل قبضها، ويجوز بيع المال فى يد المستعير والمستأجر[١]، وفى يد المشترى شراء فاسدا، والمتهب هبة فاسدة، ويجوز بيع المغصوب للغاصب.

النوع الثانى: المضمون بعوض فى عقد معاوضة، لا يصح بيعه قبل قبضه، وذلك كالمبيع والأجرة والعوض المصالح عليه عن المال، والعوضين فى الهبة بشرط ثواب، حيث صححناها.

ودليله الحديث، وعللوه بعلتين: إحداهما: ضعف الملك، لتعرضه للانفساخ بتلفه.

والثانى: توالى الضمان، ومعناه: أن يكون مضمونا فى حالة واحدة لا اثنين، وهذا مستحيل، فإنه لو صححنا بيعه كان مضمونا للمشترى الأول على البائع الأول، والثانى على الثانى، وسواء باعه المشترى للبائع أو لغيره لا يصح، هكذا قطع به العراقيون وكثيرون أو الأكثرون من الخراسانيين.

وحكى جماعة من الخراسانيين وجها شاذا ضعيفا: أنه يجوز بيعه للبائع، وتفريعا على العلة الثانية، وهى توالى الضمان، فإنه لا يتوالى إذا كان المشترى هو البائع؛ لأنه يصير فى الحال مقبوضا له أو بعد لحظة، بخلاف الأجنبى، والمذهب: بطلانه كالأجنبى.

قال المتولى: والوجهان فيما إذا باعه بغير جنس الثمن أو بزيادة أو نقص أو تفاوت صفة، وإلا فهو إقالة بصيغة البيع.

ولو رهنه عند البائع أو وهبه له فطريقان:

أحدهما: القطع بالبطلان.

وأصحهما: أنه على الخلاف كغيره، فإن جوزناه فأذن له فى القبض فقبض ملك

(١) فى أ: المستام.

فى صورة الهبة وتم الرهن، ولا يزول ضمان البيع فى صورة الرهن، بل إن تلف انفسخ البيع.

هذا إذا رهنه عنده بغير الثمن، فإن رهنه به، صح إن كان بعد قبضه، فإن كان قبله فلا إن كان الثمن حالا؛ لأن الحبس ثابت له، وإن كان مؤجلا فهو كرهنه بدين آخر قبل القبض، والله سبحانه أعلم.

وأما بيع الصداق قبل القبض من يد الزوج، ففيه قولان حكاهما الخراسانيون بناء على القولين المشهورين فى أنه مضمون على الزوج ضمان العقد كالمبيع؟ أم ضمان اليد كالعارية؟ والأصح: ضمان العقد.

فإن قلنا: ضمان اليد، جاز؛ كالعارية.

وإن قلنا: ضمان العقد فهو كالمبيع، فلا يجوز بيعه قبل قبضه لأجنبى، وفى بيعه للزوج الخلاف.

والمذهب: أنه لا يجوز، وقطع المصنف وأكثر العراقيين بأنه لا يجوز بيع الصداق قبل قبضه.

قال الخراسانيون: ويجرى القولان فى بيع الزوج بدل الخلع قبل أن يقبضه، وفى بيع العافى عن القصاص المال المعفو عليه قبل القبض لمثل هذا المأخذ، والله سبحانه أعلم.

فرع: قال الرافعى - رحمه الله -: ووراء ما ذكرناه صور، إذا تأملتها عرفت من أى ضرب هى.

فمنها: ما حكى صاحب التلخيص عن نص الشافعى - رحمه الله - أن الأرزاق التى يخرجها السلطان للناس يجوز بيعها قبل القبض، فمن الأصحاب من قال: هذا إذا أفرزه السلطان، فتكون يد السلطان فى الحفظ يد المقر له، ويكفى ذلك لصحة البيع.

ومن الأصحاب من لم يكتف بذلك؛ وحمل النص على ما إذا وكل وكيلا فى قبضه فقبضه الوكيل ثم باعه الموكل، وإلا فهو بيع شىء غير مملوك، وبهذا قطع القفال.

قلت: الأول أصح وأقرب إلى النص، وقول الرافعى: «وبه قطع القفال» يعنى: بعدم الاكتفاء لا بالتأويل المذكور، فإنى رأيت فى شرح التلخيص للقفال المنع

المذكور، وقال: ومراد الشافعى بالرزق: الغنيمة، ولم يذكر غيره.

ودليل ما قاله الأول - وهو الأصح - أن هذا القدر من المخالفة للقاعدة احتمل للمصلحة، والرفق بالجند لمسيس الحاجة، وممن قطع بصحة بيع الأرزاق التى أخرجها السلطان قبل قبضها المتولى وآخرون، وروى البيهقى فيه آثار الصحابة مصرحة بالجواز.

قال المتولى: وهكذا غلة الوقف إذا حصلت لأقوام، وعرف كل قوم قدر حقه فباعه قبل قبضه صح بيعه، كرزق الأجناد.

قال الرافعى:

ومنها: بيع أحد الغانمين نصيبه من الغنيمة على الإشاعة قبل القبض، وهو صحيح إذا كان معلوما وحكمنا بثبوت الملك فى الغنيمة، وفيما يملكها به خلاف مذكور فى بابه.

قال:

ومنها: لو رجع فيما وهب لولده، فله بيعه قبل قبضه على الصحيح من الوجهين.

ومنها: الشفيع إذا تملك الشقص.

قال البغوى: له بيعه قبل القبض.

وقال المتولى: ليس له ذلك؛ لأن الأخذ بها معاوضة.

وهذا أصح وأقوى، كذا قال الرافعى هنا، ثم قال فى كتاب الشفعة: فى نفوذ تصرف الشفيع قبل القبض، إذا كان قد سلم الثمن وجهان:

أصحهما: المنع كالمشترى.

والثانى: الجواز؛ لأنه قهرى كالإرث.

قال: ولو ملك بالإشهاد أو بقضاء القاضى لم ينفذ تصرفه قطعا، وكذا لو ملك برضاء المشترى بكون الثمن يبقى فى ذمة الشفيع، وفى جواز أخذ الشفيع الشقص من يد البائع قبل قبض المشترى وجهان، ذكرهما المصنف فى كتاب الشفعة، وسنوضحهما هناك إن شاء الله تعالى.

ومنها: للموقوف عليه بيع الثمرة الخارجة من الشجرة الموقوفة قبل أن يأخذها.

ومنها: إذا استأجر صباغا ليصبغ ثوبا وسلمه إليه، فليس للمالك بيعه قبل صبغه؛

لأن له حبسه بعمل[١] ما يستحق به الأجرة وإذا صبغه فله بيعه قبل استرداده إن دفع الأجرة، وإلا فلا؛ لأنه يستحق حبسه إلى استيفاء الأجرة.

وإذا استأجر قصارا لقصر ثوب وسلمه إليه لم يجز بيعه قبل قصره، فإذا قصره بنى على أن القصارة هل هى عين؟ فتكون كمسألة الصبغ؟ أم أثر فله البيع؟ إذ ليس للقصار الحبس على هذا.

والأصح: أنها عين.

قال المتولى وغيره: وعلى هذا قياس صوغ الذهب، ورياضة الدابة، ونسج الغزل.

قال المتولى: ولو استأجره ليرعى غنمه شهرا[٢] وليحفظ متاعه المعين ثم أراد المستأجر التصرف فى ذلك المال قبل انقضاء الشهر - صح تصرفه وبيعه؛ لأن حق الأجير لم يتعلق بعين ذلك المال، فإن للمستأجر أن يستعمله فى مثل ذلك العمل.

ومنها: إذا قاسم شريكه فبيع ما صار له قبل قبضه، يبنى على أن القسمة بيع أو إفراز.

قال المتولى: فإن قلنا: القسمة إفراز، جاز بيعه قبل قبضه من يد شريكه.

وإن قلنا: بيع[٣]، فنصف نصيبه حصل له بالبيع، ونصفه حصل بملكه القديم؛ لأن حقيقة القسمة على هذا القول بيع كل واحد نصف ما صار لصاحبه بنصف ما صار له، فله التصرف فى نصف ما صار له دون نصفه، قال: فإن كان فيها رد فحكمها فى القدر المملوك بالعوض حكم البيع.

ومنها: إذا أثبت صيدا بالرمى أو وقع فى شبكته، فله بيعه، وإن لم يأخذه، ذكره صاحب التلخيص هنا، وقال القفال: ليس هو مما نحن فيه؛ لأنه بإثباته قبضه حكما، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: تصرف المشترى فى زوائد المبيع قبل القبض، كالولد والثمرة وكسب العبد وغيره، يبنى على أنها تعود إلى البائع لو عرض انفساخ؟ أم لا تعود؟ فإن أعدناها لم يتصرف فيها قبل قبضها، كالأصل، وإلا فيصح تصرفه.

---

(١) فى أ: لعمل.
(٢) فى أ: أو.
(٣) فى أ: يقع.

ولو كانت الجارية حاملا عند البيع وولدت قبل القبض.

إن قلنا: الحمل يقابله قسط من الثمن لم يتصرف فيه، وإلا فهو كالولد الحادث بعد البيع، والله تعالى أعلم.

فرع: إذا باع متاعا بدراهم أو بدنانير معينة فله حكم المبيع، فلا يجوز تصرف البائع فيها قبل قبضها؛ لأنها تتعين بالتعيين عندنا ولا يجوز للمشترى إبدالها بمثلها، ولو تلف قبل القبض انفسخ البيع، ولو وجد البائع بها عيبا لم يستبدل بها إن رضيها، وإلا فسخ العقد، فلو أبدلها بمثلها أو بغير جنسها برضاء البائع فهو كبيع المبيع للبائع، والأصح بطلانه كما سبق، والله تعالى أعلم.

فرع: قال أصحابنا: لو اشترى شيئا بثمن فى الذمة، وقبض المبيع، ولم يدفع الثمن، فله بيع المبيع بلا خلاف، سواء باعه للبائع أو لغيره.

فرع: لو باع سلعة وتقابضا ثم تقايلا، وأراد البائع بيعها قبل قبضها من المشترى، فالمذهب: صحته.

قال صاحب البيان: قال أصحابنا البغداديون: يصح بيعه قطعا؛ لأنه ملكها بغير عقد.

وقال صاحب الإبانة: هل يصح بيعها؟ فيه قولان بناء على أن الإقالة بيع أو فسخ، وفيها قولان:

الصحيح الجديد: أنها بيع.

والقديم: أنها فسخ.

فإن قلنا: فسخ جاز، وإلا فلا، وكذا قال[1] المتولى.

وإن قلنا: الإقالة بيع، لم يجز، وإلا فكالمفسوخ بعيب وغيره، فنفرق بين أن يكون قبض الثمن أم لا، كما ذكرناه عنه فى أول الضرب الثانى.

فرع: نقله الأصحاب عن ابن سريج إذا باع عبدا بعبد ثم قبض أحد العاقدين ما اشتراه قبضا شرعيا ثم باعه قبل أن يقبض صاحبه ما اشتراه منه صح بيعه؛ لأنه قبضه، فإن تلف عبده الذى باعه صاحبه قبل قبضه بطل البيع الأول لتلف المبيع قبل القبض، ولا يبطل الثانى؛ لتعلق حق المشترى الثانى به، ولكن يجب على البائع

---

(١) فى أ: قاله.

الثانى قيمة الذى باعه ثانيا؛ لأنه تعذر رده فوجبت قيمته، هكذا قطع الأصحاب بهذا كله فى الطريقتين إلا المتولى فقال: فى بطلان العقد الثانى وجهان:

أصحهما: لا يبطل كما قطع به الجمهور.

قال: وهما مبنيان على أن الفسخ هل يرفع العقد من أصله؟ أو من حينه؟.

إن قلنا: من أصله بطل، وإلا فلا.

قال أصحابنا: فإن اشترى من رجل شقصا من دار بعبد وقبض المشترى الشقص فأخذه الشفيع بالشفعة، ثم تلف العبد فى يد المشترى، قبل أن يقبضه بائع الشقص، انفسخ البيع فى العبد ولم يبطل الأخذ بالشفعة فلا يؤخذ الشقص من يد الشفيع، بل يلزم المشترى قيمة الشقص لبائعه، ويجب على الشفيع للمشترى قيمة العبد؛ لأن العقد وقع به، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: قال أصحابنا: للمشترى الاستقلال بقبض المبيع بغير إذن البائع إن كان دفع الثمن إليه أو كان مؤجلا، كما للمرأة قبض صداقها بغير إذن الزوج إذا سلمت نفسها، فإن كان حالا ولم يدفعه إلى البائع لم يجز له قبضه بغير إذنه، فإن قبضه لزمه رده؛ لأن البائع يستحق حبسه لاستيفاء الثمن، فإن تصرف المشترى فيه لم ينفذ تصرفه.

ولكن يكون[1] فى ضمانه بلا خلاف.

قال المتولى وغيره: حتى لو تلف فى يده استقر عليه الثمن.

ولو تعيب لم يكن له رده بالعيب ولو رده على البائع بعد ذلك وتلف فى يد البائع، لم يسقط الثمن عن المشترى.

فرع: فى مذاهب العلماء فى بيع المبيع قبل القبض.

قد ذكرنا أن مذهبنا: بطلانه مطلقا، سواء كان طعاما أو غيره، وبه قال ابن عباس ثبت ذلك عنه ومحمد بن الحسن.

قال ابن المنذر: أجمع العلماء على أن من اشترى طعاما فليس له بيعه حتى يقبضه، قال: واختلفوا فى غير الطعام على أربعة مذاهب:

---

(١) فى أ: يدخل.

أحدها: لا يجوز بيع شيء قبل قبضه سواء جميع المبيعات كما فى الطعام قاله الشافعى ومحمد بن الحسن.

والثانى: يجوز بيع كل مبيع قبل قبضه إلا المكيل والموزون، قاله عثمان بن عفان وسعيد بن المسيب والحسن والحكم وحماد والأوزاعى وأحمد[١] وإسحاق.

---

(١) وردت عنه روايات متعددة فى الممنوع بيعه قبل قبضه من الأموال:

فروى أنه لا يجوز بيع الطعام وما أشبهه قبل قبضه مطلقا، سواء أكان مكيلا أم موزونا، أم لم يكن كذلك، خلافا لمالك الذى اشترط فيه الكيل أو الوزن كما قدمنا، وذلك لحديث ابن عباس من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه.

ولقول الأثرم: سألت أبا عبدالله، عن قوله: نهى عن ربح ما لم يضمن قال: هذا فى الطعام وما أشبهه، من مأكول أو مشروب، فلا يبعه حتى يقبضه.

ولقول ابن عبد البر: الأصح أن الذى يمنع من بيعه قبل قبضه: هو الطعام، وذلك لأن النبى ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه فمفهومه إباحة ما سواه قبل قبضه.

ولقول ابن عمر رضى الله عنهما: رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة، يضربون على عهد رسول الله ﷺ أن يبيعوه حتى يؤووه إلى رحالهم.

وللحديث: من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه.

ولقول ابن عمر رضى الله عنهما: كنا نشترى الطعام من الركبان جزافا، فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه.

ولقول ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاما، فليس له أن يبيعه حتى يستوفيه.

قالوا: ولو دخل فى ضمان المشترى جاز بيعه، والتصرف فيه، كما جاز ذلك بعد قبضه.

وعلق الشرح الكبير على ذلك بقوله: وهذا (أى حديث من ابتاع طعاما) يدل على تعميم المنع فى كل طعام، مع تنصيصه على البيع مجازفة بالمنع. ويدل بمفهومه على أن ما عدا الطعام يخالفه فى ذلك.

وفى رواية أخرى عن الإمام أحمد: أن ما كان متعينا، كالصبرة تباع من غير كيل، يجوز بيعها قبل قبضها، وما ليس بمتعين، كقفيز من صبرة، ورطل من زبرة حديد، فإنه لا يجوز بيعها قبل قبضها، بل حتى تكال أو توزن.

وهذا قريب من قول مالك المتقدم، فى جواز بيع ما شرى جزافا، لولا تخصيص مالك المبيع بالطعام.

ووجه هذه الرواية ما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال: مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعا، فهو من مال المبتاع، فلما جعله من ضمان المشترى مع أنه لم يقبضه دل على البيع قبل القبض فى المتعين.

ولأن المبيع المعين لا يتعلق به حق توفية، فكان من مال المشترى، كغير المكيل والموزون.

وفى رواية ثالثة عن الإمام أحمد: أنه لا يجوز بيع شيء قبل قبضه. وهى التى وافق فيها =

والثالث: لا يجوز بيع مبيع قبل قبضه إلا الدور والأرض، قاله أبو حنيفة[(١)]

= الإمام الشافعي وغيره، كما تقدم.

ورواية المذهب: أن المكيل والموزون والمعدود والمذروع، لا يصح تصرف المشترى فيه قبل قبضه من بائعه. وهذا مروى أيضًا: عن عثمان بن عفان رضى الله عنه، وسعيد بن المسيب، والحسن، والحكم، وحماد بن أبى سليمان، والأوزاعى، وإسحاق.

ومستند هذه الرواية فى التفرقة بين المكيل والموزون ونحوهما وبين غيرهما.

أن الحديث المذكور نهى عن بيع الطعام قبل قبضه، وكان الطعام يومئذ مستعملا غالبا فيما يكال ويوزن، وقيس عليهما المعدود والمذروع، لاحتياجهما إلى حق التوفية. وسواء أكان المعدود متعينا كالصبرة، أم غير متعين كقفيز منها.

أما ما عدا المكيل والموزون ونحوهما، فيجوز التصرف فيه قبل قبضه، وذلك: لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما قال: «أتيت النبى ﷺ فقلت: إنى أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير. فقال: لا بأس أن تأخذ بسعر يومها، ما لم تفترقا وبينكما شىء».

قالوا: فهذا تصرف فى الثمن قبل قبضه، وهو أحد العوضين.

(١) مذهب الحنفية أنه لا يصح بيع المنقول قبل قبضه، ولو كان من بائعه، وذلك للحديث المذكور برواياته فإنه منهى عن بيع المبيع قبل قبضه.

ولأن فى البيع قبل القبض غرر انفساخ العقد الأول، على تقدير هلاك المبيع فى يد البائع، وإذا هلك المبيع قبل القبض ينفسخ العقد، فيتبين أنه باع ما لا يملك، والغرر حرام غير جائز، لأن النبى ﷺ «نهى عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر».

ولا يفرق الحنفية فى ذلك بين الطعام وبين غيره من المنقولات، وذلك: لقول ابن عباس ولا أحسب كل شىء إلا مثله، أى مثل الطعام.

وعضد قول ابن عباس ما روى عن ابن عمر، قال: «ابتعت زيتا فى السوق، فلما استوجبته، لقينى رجل، فأعطانى فيه ربحا حسنا، فأردت أن أضرب على يده (أى أن أقبل إيجابه، واتفق على العقد) فأخذ رجل من خلفى بذراعى، فالتفت، فإذا زيد بن ثابت رضى الله عنه فقال: لا تبعه حيث ابتعته، حتى تحوزه إلى رحلك، فإن رسول الله ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تبتاع، حتى يحوزها التجار إلى رحالهم».

وعدم الصحة هنا: يعنى: الفساد لا البطلان، وإن كان نفى الصحة يحتملهما، لكن الظاهر عند الحنفية هو الفساد، لأن علة الفساد هى الغرر، مع وجود ركنى البيع، وكثيرا ما يطلق الباطل على الفاسد.

وأجاز الشيخان من الحنفية - أبو حنيفة وأبو يوسف - بيع العقار قبل قبضه استحسانا وذلك استدلالا بعمومات حل البيع من غير تخصيص، ولا يجوز تخصيص عموم الكتاب بخبر الواحد. ولأنه لا يتوهم انفساخ العقد فى العقار بالهلاك، بخلاف المنقول. ولأن العقار مقدور التسليم، ولا يرد عليه الهلاك إلا نادرا بغلبة الماء والرمل، والنادر لا يعتد به.

وقياسا على التصرف فى الثمن قبل قبضه، فإنه جائز، لأنه لا غرر فيه، كالتصرف فى المهر وبدل الخلع والعتق وبدل الصلح عن دم العمد، لأن المطْلِق للتصرف، وهو الملك، قد وجد، لكن الاحتراز عن الغرر واجب ما أمكن، وذلك فيما يتصور فيه الغرر، وهو =

وأبو يوسف.

والرابع: يجوز بيع كل مبيع قبل قبضه إلا المأكول والمشروب. قاله مالك[(١)]

= المبيع المنقول، لا العقار.

وخالف الإمام محمد، فلم يجز بيع العقار أيضاً قبل قبضه، وهو قول أبى يوسف الأول، وقول الشافعى كما قدمنا، وذلك لإطلاق الحديث، وقياسا على المنقول.

وقياسا أيضاً على الإجارة، فإنها فى العقار لا تجوز قبل القبض، والجامع اشتمالهما على ربح ما لم يضمن، فإن المقصود فى البيع الربح، وربح ما لم يضمن منهى عنه شرعا. والنهى يقتضى الفساد، فيكون البيع فاسدا قبل القبض، لأنه لم يدخل فى ضمانه، كما فى الإجارة. ينظر الهداية وشرح العناية عليها ٦/ ١٣٧.

(١) مذهب المالكية أن المحرم المفسد للبيع، هو بيع الطعام دون غيره من جميع الأشياء قبل قبضه، سواء أكان الطعام ربويا كالقمح، أم غير ربوى كالتفاح عندهم.

أما غير الطعام فيجوز بيعه قبل قبضه، وذلك لحديث ابن عباس من «ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه». ولغلبة تغير الطعام دونما سواه. لكنهم شرطوا لفساد هذا النوع من البيع، شرطين:

أ- أن يكون الطعام مأخوذا بطريق المعاوضة، أى فى مقابلة شىء، بإجارة أو شراء أو صلح أو أرش جناية، أو آل لامرأة فى صداقها، أو غير ذلك من المعاوضات، فهذا الذى لا يجوز بيعه قبل قبضه.

أما لو صار إليه الطعام بهبة أو ميراث، مما ليس أخذه بعوض، فيجوز بيعه قبل قبضه.

ب- وأن تكون المعاوضة بالكيل أو الوزن أو العدد، فيشتريه بكيل، ويبيعه قبل قبضه، سواء أباعه جزافا أم على الكيل أما لو اشتراه جزافا، ثم باعه قبل قبضه، فيكون بيعه جائزا، سواء أباعه جزافا أم على الكيل وعلى هذا:

فلو اشترى طعاما كيلا، لم يجز له بيعه قبل قبضه، لا جزافا ولا كيلا.

ولو اشتراه جزافا، جاز له بيعه قبل قبضه، مطلقا، جزافا أو كيلا.

وضابط ما يمنع من التصرف فيه قبل قبضه: اختلفت ضوابط الفقهاء فى التصرفات الممنوعة شرعا قبل قبض المبيع:

أ- فاتفق الحنفية والحنابلة، على هذا الضابط وهو:

أن كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل القبض، لم يجز التصرف فيه قبل قبضه وما لا ينفسخ العقد بهلاكه، جاز التصرف فيه قبل قبضه.

فمثال الأول: المبيع والأجرة وبدل الصلح عن الدين، إذا كان الثمن والأجر والبدل عينا - عند الحنفية - أو كان من المكيل أو الموزون أو المعدود عند الحنابلة.

ومثال الآخر: المهر إذا كان عينا - عند الحنفية - وكذا بدل الخلع، والعتق على مال، وبدل الصلح عن دم العمد - وكذا أرش الجناية، وقيمة المتلف، عند الحنبلية فى هذين - كل ذلك إذا كان عينا، يجوز بيعه وإجارته قبل قبضه، وسائر التصرفات.

وعلل الحنابلة هذا الضابط بقولهم: إن المقتضى للتصرف هو الملك، وقد وجد. لكن ما يتوهم فيه غرر الانفساخ، باحتمال هلاك المعقود عليه لا يجوز بناء عقد آخر عليه تحرزا =

وأبو ثور.

قال ابن المنذر: وهو أصح المذاهب؛ لحديث النهى عن بيع الطعام قبل أن

= من الغرر، وما لا يتوهم فيه ذلك الغرر، انتفى عنه المانع، فجاز بناء العقد الآخر عليه.

ب- ووضع محمد بن الحسن من الحنفية هذا الضابط، وهو: أن كل تصرف لا يتم إلا بالقبض، كالهبة والصدقة والرهن والقرض والإعارة ونحوها، يجوز قبل قبض المبيع.

وكل تصرف يتم قبل القبض، كالمبيع والإجارة وبدل الصلح عن الدين إذا كان عينا، ونحوها لا يجوز قبل قبض المبيع.

وتعليله عنده: أن الهبة - مثلا - لما كانت لا تتم إلا بالقبض، صار الموهوب له نائبا عن الواهب، وهو المشترى الذى وهبه المبيع قبل قبضه، ثم يصير قابضا لنفسه، فتتم الهبة بعد القبض.

بخلاف البيع - مثلا - ونحوه مما يتم قبل القبض، فإنه لا يجوز، لأنه إذا قبضه المشترى الثانى لا يكون قابضا عن الأول، لعدم توقف البيع على القبض، فيلزم منه تمليك المبيع قبل قبضه، وهو لا يصح.

وأشار التمرتاشى إلى أن الأصح ما ذهب إليه الإمام محمد.

وضبط الدردير من المالكية ما يمنع بيع الطعام قبل قبضه، بأن تتوالى عَقْدَتا بيع لم يتخللهما قبض. وهذا مختص بالطعام على رأيهم المتقدم فى حصر المنهى عن بيعه قبل قبضه فى مطلق الأطعمة الربوية.

ويؤخذ من كلام ابن جزى هذا الضابط، وهو:

أن كل طعام أخذ معاوضة - بغير جزاف - فليس له أن يبيعه حتى يقبضه. وتشمل المعاوضة: الشراء، والإجارة، والصلح، وأرش الجناية، والمهر، وغيرها - على ما ذكر - فليس له بيعه حتى يقبضه، لكن يجوز له أن يهبه أو يسلفه قبل قبضه.

والتقييد عند المالكية بغير الجزاف، لإخراج ما بيع جزافا بغير كيل ولا عد ولا وزن من الطعام، فإنه يجوز بيعه قبل قبضه، لدخوله فى ضمان المشترى بمجرد العقد، فهو مقبوض حكما، فليس فيه توالى عقدتى بيع لم يتخللهما قبض.

كما شرط المالكية فى جواز بيع مطلق طعام المعاوضة - بالإضافة إلى شرط قبضه - ألا يكون القبض من نفسه لنفسه، فإن قبض من نفسه لنفسه، منع بيعه، لأن هذا القبض الواقع بين العقدين كلا قبض.

ومعنى هذا أن القبض المعتد به فى الجواز، هو القبض القوى، فيجوز بيع الطعام عقبه أما القبض الضعيف، فهو كلا قبض، فلا يعقب الجواز. مثال ذلك:

- إذا وكله ببيع طعام، فباعه من أجنبي، وقبل قبض الأجنبى الطعام، اشتراه الوكيل منه لنفسه، فإنه يمتنع بيعه من نفسه، لأنه يقبض هذه الحال من نفسه لنفسه.

- وكذلك لو وكله بشراء طعام، فاشتراه وقبضه ثم باعه لأجنبى، واشتراه منه قبل أن يقبضه الأجنبى منه، فإنه يمتنع شراؤه من نفسه، لأنه فى هذه الحال يقبض من نفسه لنفسه.

ويستثنى من عدم جواز بيع الطعام إذا قبض من نفسه لنفسه، ما إذا كان القابض من نفسه ممن يتولى طرفى العقد، كوصى ليتيمه، ووالد لولديه الصغيرين، فإنه يجوز بيع طعام أحدهما للآخر، ثم بيعه لأجنبى، قبل قبضه لمن اشتراه له.

يستوفى.

واحتج لمالك وموافقيه بحديث ابن عمر أن النبى ﷺ قال: «مَن ابْتَاعَ طَعَامًا فَلا يَبِعْهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ»[1] رواه البخارى ومسلم.

وعنه قال: «لَقَدْ رَأَيْتُ النَّاسَ فِى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَتَبَايَعُونَ جِزَافًا يَعْنِى الطَّعَامَ فَضُرِبُوا أَنْ يَبِيعُوهُ فِى مَكَانِهِمْ حَتَّى يُؤْوُوهُ إِلَى رِحَالِهِمْ»[2] رواه البخارى ومسلم.

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٦٤٠) كتاب: البيوع، باب: العينه وما يشبهها، حديث (٤٠)، والبخارى (٤/ ٣٤٤) كتاب: البيوع، باب: الكيل على البائع والمعطى، حديث (٢١٢٦)، (٤/ ٣٤٩) كتاب: البيوع، باب: بيع الطعام قبل أن يقبض، حديث (٢١٣٦)، ومسلم (٣/ ١١٦٠ - ١١٦١) كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، حديث (٣٢/ ١٥٢٦)، وأبو داود (٣/ ٧٦٠) كتاب: البيوع، باب: فى بيع الطعام قبل أن يستوفى، حديث (٣٤٩٢)، والنسائى (٧/ ٢٨٥) كتاب: البيوع، باب: بيع الطعام قبل أن يستوفى، وابن ماجه (٢/ ٧٤٩) كتاب: التجارات، باب: النهى عن بيع الطعام قبل أن يقبض، حديث (٢٢٢٦)، والدارمى (٢/ ٢٥٢ - ٢٥٣) كتاب: البيوع، باب: النهى عن بيع الطعام قبل القبض، وابن طهمان فى «مشيخته» (ص - ٢١٣) رقم (١٧٧)، وأبو يعلى (١٠/ ١٧٣) رقم (٥٧٩٨)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ٣٧) باب ما ينهى عن بيعه حتى يقبض، وفى مشكل الآثار (٤/ ٢٢٠ - ٢٢١)، وأحمد (٢/ ٢٢)، والبيهقى (٥/ ٣١٢) كتاب: البيوع، باب: النهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفى، والبغوى فى شرح السنة (٤/ ٢٧٨) من طريق نافع عن ابن عمر به.

وللحديث طريق آخر عن ابن عمر:

أخرجه مالك (٢/ ٦٤٠) كتاب: البيوع، باب: العينة وما يشبهها، حديث (٤١)، والبخارى (٤/ ٤٠٧) كتاب: البيوع، باب: ما يذكر فى بيع الطعام والحكرة، حديث (٢١٣٣)، ومسلم (٣/ ١١٦١) كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، حديث (٣٥/ ١٥٢٦)، والنسائى (٧/ ٢٨٥)، والطيالسى (١/ ٢٦٤ - منحة) رقم (١٣٢٤)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ٣٧)، وأحمد (٢/ ٤٦، ٥٩)، والبيهقى (٥/ ٣١٤) كتاب: البيوع، باب: النهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفى، من طريق عبد الله بن دينار عن ابن عمر به.

وللحديث أيضا طريق ثالث عن ابن عمر:

أخرجه أبو داود (٣/ ٧٦١) كتاب: البيوع، باب: فى بيع الطعام قبل أن يستوفى، حديث (٣٤٩٥)، والنسائى (٧/ ٢٨٦) كتاب: البيوع، باب: النهى عن بيع ما اشترى من الطعام بكيل حتى يستوفى، والطحاوى (٤/ ٣٨)، وأحمد (٢/ ١١١)، والبيهقى (٥/ ٣١٤) كتاب: البيوع، باب: قبض ما ابتاعه كيلا بالاكتيال، من طريق القاسم بن محمد عن ابن عمر به.

(٢) أخرجه البخارى (٥/ ٦٩) فى كتاب البيوع باب ما ذكر فى الأسواق (٢١٢٣)، وأطرافه فى (٢١٣١، ٢١٣٧، ٢١٣٧، ٢١٦٦، ٢١٦٧، ٦٨٥٢)، ومسلم (٣/ ١١٦١) فى كتاب

وعن ابن عباس قال: أَمَّا الَّذِي نَهَى عَنْهُ النَّبِي ﷺ: «فَهُوَ الطَّعَامُ أَنْ يُبَاعَ حَتَّى يَقْبِضَ قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ وَأَحْسِبُ كُلَّ شَيء مِثْلَهُ »[(١)] رواه البخارى ومسلم.

وفى رواية لمسلم عن ابن عباس قال: قَالَ رَسُولُ ﷺ اللَّهِ: «مَنْ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِعْهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: وَأَحْسِبُ كُلَّ شَيء بِمَنْزِلَةِ الطَّعَام »[(٢)].

وعن أبى هريرة – رضى الله عنه – عن النبى ﷺ قال: «مَنْ اشْتَرَى طَعَامًا فَلَا يَبِعْهُ حَتَّى يَكِيلَهُ »[(٣)] رواه مسلم.

وفى رواية قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الطَّعَام حَتَّى يُسْتَوْفَى».

وعن جابر قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِذَا ابْتَعْتَ طَعَامًا فَلَا تَبِعْهُ حَتَّى تَسْتَوْفِيَهُ»[(٤)] رواه مسلم، قالوا: فالتنصيص فى هذه الأحاديث على الطعام يدل على أن غيره بخلافه.

قالوا: وقياسا على ما ملكه بإرث أو وصية وعلى إعتاقه وإجارته قبل قبضه وعلى بيع الثمر قبل قبضه.

واحتج أصحابنا بحديث حكيم بن حزام أن النبى ﷺ قال: «لَا تَبِعْ مَا لَمْ

= البيوع باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (٣٧، ١٥٢٧/٣٨).

(١) أخرجه البخارى (٣٤٩/٤) كتاب: البيوع، باب: بيع الطعام قبل أن يقبض، حديث (٢١٣٥)، ومسلم (١١٥٩/٣ – ١١٦٠) كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، حديث (٢٩، ١٥٢٥/٣٠)، وأبو داود (٣/ ٧٦٢) كتاب: البيوع، باب: فى بيع الطعام قبل أن يستوفى، حديث (٣٤٩٧)، والنسائى (٧/ ٢٨٥) كتاب: البيوع، باب: بيع الطعام قبل أن يستوفى، والترمذى (٤/ ٥٨٦) كتاب: البيوع، باب: ما جاء فى كراهية بيع الطعام حتى يستوفه، حديث (١٢٩١)، وابن ماجه (٢/ ٧٤٩) كتاب: التجارات، باب: النهى عن بيع الطعام، حديث (٢٢٢٧)، وأحمد (١/ ، ٢٢١ ٢٧٠)، والشافعى (٢/ ١٤٢) كتاب: البيوع، باب: فيما نهى عنه من البيوع رقم (٤٧٢)، والطيالسى (٢٦٠٢)، والحميدى (١/ ٢٣٦) رقم (٥٠٨)، وابن الجارود (٦٠٦)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ٤٩)، والبيهقى (٥/ ٣١٢) كتاب: البيوع، باب: النهى عن بيع الطعام حتى يستوفى، والبغوى فى شرح السنة (٤/ ٢٧٩) من طريق عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس قال: أما الذى نهى عنه رسول الله ﷺ فهو الطعام أن يباع حتى يستوفى.

قال ابن عباس: ولا أحسب كل شئ إلا مثله.

وقال الترمذى: حسن صحيح.

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه مسلم (٣/ ١١٦٢) (٣٩، ١٥٢٨/٤٠).

(٤) أخرجه مسلم (٣/ ١١٦٢) (١٥٢٩/٤١).

تَقْبِضَهُ»[١]، وهو حديث حسن كما سبق بيانه فى أول هذا الفصل.

وبحديث زيد بن ثابت: «أَنَّ النَّبِى ﷺ نَهَى أَنْ تُبَاعَ السِّلَعُ حَيْثُ تُبْتَاعُ حَتَّى يَحُوزَهَا التُّجَّارُ إِلَى رِحَالِهِمْ»[٢] رواه أبو داود بإسناد صحيح إلا أنه من رواية محمد بن إسحاق بن يسار عن أبى الزناد، وابن إسحاق مختلف فى الاحتجاج به وهو مدلس، وقد قال: عن أبى الزناد، والمدلس إذا قال: «عن» لا يحتج به، لكن لم يضعف أبو داود هذا الحديث، وقد سبق أن ما لم يضعفه فهو حجة عنده، فلعله اعتضد عنده أو ثبت عنده بسماع ابن إسحاق له من أبى الزناد، وبالقياس على الطعام.

والجواب عن احتجاجهم بأحاديث النهى عن بيع الطعام من وجهين:

أحدهما: أن هذا استدلال بداخل[٣] الخطاب، والتنبيه مقدم عليه، فإنه إذا نهى عن بيع الطعام مع كثرة الحاجة إليه فغيره بأولى[٤].

والثانى: أن النطق الخاص مقدم عليه وهو حديث حكيم وحديث زيد.

وأما قياسهم على العتق ففيه خلاف سبق فإن سلمناه فالفرق أن العتق له قوة وسراية.

ولأن العتق إتلاف للمالية والإتلاف قبض.

والجواب: عن قياسهم على الثمن أن فيه قولين فإن سلمناه فالفرق أنه فى الذمة مستقر لا يتصور تلفه ونظير المبيع إنما هو الثمن المعين، ولا يجوز بيعه قبل القبض وأما بيع الميراث والموصى به فجوابه أن الملك فيهما مستقر بخلاف المبيع، والله أعلم.

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٠٤) كتاب البيوع: باب فى بيع الطعام قبل أن يستوفى حديث (٣٤٩٩)، وأحمد (٥/ ١٩١)، وابن حبان (١١٢٠ - موارد)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ٣٨ - ٣٩)، والدارقطنى (٣/ ١٣) كتاب البيوع: حديث (٣٦)، والحاكم (٢/ ٤٠)، والبيهقى (٥/ ٣١٤) كتاب البيوع: باب قبض ما ابتاعه جزافًا بالنقل والتحويل إذا كان مثله ينقل، من طريق ابن إسحاق حدثنى أبو الزناد عن عبيد ابن حنين عن ابن عمر عن زيد بن ثابت به وصححه الحاكم وابن حبان.

وقال صاحب التنقيح: سنده جيد كما فى التعليق المغنى (٣/ ١٣).

(٣) فى أ: بدليل.

(٤) فى أ: أولى.

واحتج لأبي حنيفة بإطلاق النصوص، ولأنه لا يتصور تلف العقار بخلاف غيره، واحتج أصحابنا بما سبق فى الاحتجاج على مالك وأجابوا عن النصوص بأنها مخصوصة بما ذكرناه.

وأما قولهم: لا يتصور تلفه، فينتقض بالجديد الكثير والله سبحانه وتعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وأما الديون فينظر فيها، فإن كان الملك عليها مستقرا كغرامة المتلف وبدل القرض، جاز بيعه ممن عليه قبل القبض؛ لأن ملكه مستقر عليه، فجاز بيعه كالمبيع بعد القبض، وهل يجوز بيعه من غيره؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأن ما جاز بيعه ممن عليه جاز بيعه من غيره كالوديعة.

والثانى: لا يجوز؛ لأنه لا يقدر على تسليمه إليه لأنه ربما منعه أو جحده وذلك [غرر][1] لا حاجة به إليه، فلم يجز، والأول أظهر؛ لأن الظاهر أنه يقدر على تسليمه إليه من غير منع ولا جحود، وإن كان الدين غير مستقر نظرت: فإن كان مسلما فيه لم يجز بيعه؛ لما روى أن[2] ابن عباس رضى الله عنهما: «سئل عن رجل أسلف فى حلل دقاق فلم يجد تلك الحلل، فقال: آخذ منك مقام كل حلة من الدقاق[3] حلتين من الجل، فكرهه ابن عباس، وقال: خذ برأس المال علفا أو غنما، ولأن الملك فى المسلم فيه غير مستقر لأنه ربما تعذر فانفسخ البيع فيه فلم يجز بيعه لمبيع قبل القبض.

وإن كان ثمنا فى بيع ففيه قولان قال فى الصرف: يجوز بيعه قبل القبض لما روى ابن عمر قال: «كُنتُ أَبِيعُ الإِبِلَ بِالْبَقِيعِ بِالدَّنَانِيرِ، فَآخُذُ الدَّرَاهِمَ وَأَبِيعُ بِالدَّرَاهِمِ فَآخُذُ الدَّنَانِيرَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: لَا بَأْسَ مَا لَمْ تَتَفَرَّقَا وَبَيْنَكُمَا شَيء»، ولأنه لا يخشى انفساخ العقد فيه بالهلاك، فصار كالبيع بعد القبض، وروى المزنى فى جامعه الكبير أنه لا يجوز؛ لأن ملكه غير مستقر عليه؛ لأنه قد ينفسخ البيع فيه بتلف المبيع أو بالرد بالعيب، فلم يجز بيعه كالمبيع قبل القبض، وفى بيع نجوم المكاتب قبل القبض طريقان:

أحدهما: أنه على قولين بناء على القولين فى بيع رقبته.

---

(١) فى أ: من غير.
(٢) فى أ: عن.
(٣) فى أ: الدق.

والثانى: أنه لا يصح ذلك قولا واحدا، وهو المنصوص فى المختصر؛ لأنه لا يملكه ملكا مستقرا فلم يصح بيعه كالمسلم فيه.

الشرح: حديث ابن عمر[(١)] صحيح رواه أبو داود والترمذى والنسائى وآخرون بأسانيد صحيحة، عن سماك بن حرب عن سعيد عن ابن عمر بلفظه هنا قال الترمذى وغيره: لم يرفعه غير سماك وذكر البيهقى فى معرفة السنن والآثار أن أكثر الرواة وقفوه على ابن عمر.

قلت: وهذا لا يقدح فى رفعه وقد قدمنا مرات أن الحديث إذا رواه بعضهم مرسلا وبعضهم متصلا وبعضهم موقوفا وبعضهم مرفوعا كان محكوما بوصله ورفعه على المذهب الصحيح الذى قاله الفقهاء والأصوليون، ومحققو المحدثين من المتقدمين والمتأخرين.

وقوله: «بالبقيع» هو بالباء الموحدة، وإنما قيدته لأنى رأيت من يصحفه.

وقوله: «السلم فى حلل» هو جمع حلة بضم الحاء وهى ثوبان ولا يكون إلا ثوبان، كذا قاله أهل اللغة والدق بكسر الدال - والجل - بكسر - الجيم - وهو الغليظ.

وقوله: «غرر «من غير حاجة إليه» يحترز من أساس الدار فإنه يصح بيعه وهو غرر للحاجة، وهذا الاحتراز يكرره المصنف فى كتاب البيوع كثيرا.

أما الأحكام: فقد لخصها الرافعى أحسن تلخيص، وهذا مختصر كلامه قال: الدين فى الذمة ثلاثة أضرب مثمن وثمن وغيرهما، وفى حقيقة الثمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه ما ألصق به الباء كقولك: بعت كذا بكذا والأول مثمن، والثانى ثمن، وهذا قول القفال.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٥٠)، فى البيوع: باب فى اقتضاء الذهب من الورق (٣٣٥٤)، والترمذى (٣/ ٥٤٤)، فى البيوع: باب ما جاء فى الصرف حديث (١٢٤٢)، وقال أبو عيسى هذا حديث لا نعرفه مرفوعًا إلا من حديث سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر وروى داود بن أبى هند هذا الحديث عن سعيد بن جبير عن ابن عمر موقوفًا وأخرجه ابن ماجة (٢/ ٧٦٠)، فى التجارات: باب اقتضاء الذهب من الورق (٢٢٦٢)، وأخرجه النسائى (٧/ ٢٨٣)، فى كتاب البيوع: باب أخذ الورق من الذهب وأحمد فى المسند (٢/ ٨٣ - ١٣٩، ١٥٤)، والدارمى فى السنن (٢/ ٢٥٩)، والدارقطنى (٣/ ٢٣)، فى البيوع (٨١)، والحاكم (٢/ ٤٢)، والبيهقى (٥/ ٢٨٤).

والثانى: أنه النقد مطلقا، والمثمن ما يقابله على الوجهين.

أصحهما: أن الثمن النقد، والمثمن ما يقابله، فإن لم يكن فى العقد نقد أو كان العوضان نقدين فالثمن ما ألصقت به الباء، والمثمن ما يقابله فلو باع أحد النقدين بالآخر فلا مثمن فيه على الوجه الثانى، ولو باع عرضا بعرض فعلى الوجه الثانى لا ثمن فيه، وإنما هو مبادلة، ولو قال: بعتك هذه الدراهم بهذا العبد فعلى الوجه الأول العبد ثمن والدراهم مثمن وعلى الوجه الثانى والثالث فى صحة هذا العقد وجهان كالسلم فى الدراهم والدنانير:

الأصح: الصحة فى الموضعين، فإن صححناه فالعبد مثمن.

ولو قال: بعتك هذا الثوب بهذا العبد ووصفه، صح العقد.

فإن قلنا: الثمن ما ألصق به الباء فالعبد ثمن، ولا يجب تسليم الثوب فى المجلس، وإلا ففى وجوب تسليم الثوب وجهان؛ لأنه ليس فيه لفظ السلم لكن فيه معناه، فإذا عرف عدنا إلى بيان الأضرب الثلاثة:

الضرب الأول: المثمن وهو المسلم فيه فلا يجوز بيعه ولا الاستبدال عنه، وهل تجوز الحوالة به؛ بأن يحيل المسلم إليه المسلم بحقه على من له عليه دين قرض، أو إتلاف أو الحوالة عليه بأن يحيل المسلم من له عليه دين قرض أو إتلاف على المسلم إليه؟ فيه ثلاثة أوجه:

أصحها: لا.

والثانى: نعم.

والثالث: لا يجوز عليه ويجوز به، هكذا حكوا الثالث، وعكسه الغزالى فى الوسيط فقال: يجوز عليه لا به، ولا أظن نقله ثابتا.

الضرب الثانى: المثمن، فإذا باع بدراهم أو دنانير فى الذمة ففى الاستبدال عنها طريقان:

أحدهما: القطع بالجواز.

قاله القاضى أبو حامد وابن القطان، وأشهرهما على قولي: .

أصحهما وهو الجديد: جوازه والقديم: منعه، ولو باع فى الذمة بغير الدراهم والدنانير؛ فإن قلنا: الثمن ما ألصقت به الباء صح الاستبدال عنه، كالنقدين، وادعى البغوى أنه المذهب وإلا فلا؛ لأن ما ثبت فى الذمة مثمنا لم يجز الاستبدال عنه.

وأما الأجرة فكالثمن.

وأما الصداق وبدل الخلع فكذلك، إن قلنا: إنهما مضمونان ضمان العقد، وإلا فهما كبدل الإتلاف.

التفريع: إن منعنا الاستبدال عن الدراهم فذلك إذا استبدل عنها عرضا فلو استبدل نوعا منها بنوع، أو استبدل الدراهم عن الدنانير فوجهان لاستوائهما في الرواج[1]، وإن جوزنا الاستبدال فلا فرق بين بدل وبدل، ثم ينظر: إن استبدل ما يوافقهما في علة الربا كدنانير عن دراهم اشترط قبض البدل في المجلس، وكذا إن استبدل عن الحنطة المبيعة شعيرا إن جوزنا ذلك، وفي اشتراط تعيين البدل عند العقد وجهان:

أحدهما: يشترط، وإلا فهو بيع دين بدين.

وأصحهما: لا يشترط، كما لو تصارفا في الذمة ثم عينا وتقابضا في المجلس، وإن استبدل ما ليس موافقا لها في علة الربا كالطعام والثياب عن الدراهم - نظر: إن عين البدل في الاستبدال جاز، وفي اشتراط قبضه في المجلس وجهان: صحح الغزالي وجماعة الاشتراط، وهو ظاهر نصه في المختصر وصحح الإمام والبغوي عدمه.

قلت: هذا الثاني أصح وصححه الرافعي في المحرر، وإن لم يعين، بل وصف في الذمة، فعلى الوجهين السابقين، وإن جوزناه اشترط التعيين في المجلس وفي اشتراط القبض الوجهان.

الضرب الثالث: ما ليس ثمنا ولا مثمنا كدين القرض والإتلاف، فيجوز الاستبدال عنه بلا خلاف، كما لو كان له في يد غيره مال بغصب أو عارية، فإنه يجوز بيعه له، ثم الكلام في اعتبار التعيين والقبض على ما سبق وذكر صاحب الشامل أن القرض إنما يستبدل عنه إذا تلف، فإن بقي في يده فلا، ولم يفرق الجمهور بينهما، ولا يجوز استبدال المؤجل عن الحال، ويجوز عكسه، وهذا الذي ذكرناه كله في الاستبدال، وهو بيع الدين ممن هو عليه، فأما بيعه لغيره كمن له على رجل مائة فاشترى من آخر عبدا بتلك المائة ففي صحته قولان مشهوران:

أصحهما: لا يصح لعدم القدرة على التسليم.

---

(١) في أ: الزواج.

والثانى: يصح بشرط أن يقبض مشترى الدين الدين ممن هو عليه، وأن يقبض بائع الدين العوض فى المجلس، فإن تفرقا قبل قبض أحدهما بطل العقد، ولو كان له دين على إنسان ولآخر مثله على ذلك الإنسان فباع أحدهما ما له عليه بما لصاحبه لم يصح سواء اتفق الجنس لنهيه ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ هذا آخر كلام الرافعى.

قلت: قد صحح المصنف هنا وفى التنبيه جواز بيع الدين بغير من هو عليه وصحح الرافعى فى الشرح والمحرر أنه لا يجوز.

فرع: قال الشيخ أبو حامد فى تعليقه فى آخر باب بيع الطعام قبل أن يستوفى: إذا باع طعاما بثمن مؤجل فحل الأجل فأخذ بالثمن طعاما جاز عندنا قال الشافعى: وقال مالك: لا يجوز لأنه يصير فى معنى بيع طعام بطعام مؤجل.

دليلنا أنه إنما يأخذ منه الطعام بالثمن الذى له عليه لا بالطعام.

وهذا الذى جزم به أبو حامد تفريعا على الصحيح وهو الاستبدال عن الثمن، وقد صرح بهذا جماعة منهم القاضى أبو الطيب فى تعليقه قال صاحب البيان: قال الصيمرى والصيدلانى: فلو أراد أن يأخذ ثمن الدين المؤجل عوضا من نقد أو عرض قبل حلوله لم يصح.

أما تقديم الدين نفسه فيجوز؛ لأنه لا يملك المطالبة به قبل الحلول، فكأنه أخذ العوض عما لا يستحقه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: والقبض فيما ينقل النقل، لما روى زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ: «نَهَى أَنْ تُبَاعَ السِّلَعُ حَيْثُ تُبْتَاعُ حَتَّى يَحُوزَهَا التُّجَّارُ إِلَى رِحَالِهِمْ»، وفيما لا ينقل كالعقار والثمر قبل أوان الجداد التخلية؛ لأن القبض ورد به الشرع، وأطلقه فحمل على العرف والعرف فيما ينقل النقل وفيما لا ينقل التخلية.

الشرح: أما حديث زيد فسبق بيانه قريبا فى فرع مذاهب العلماء فى بيع المبيع قبل القبض، وفى التجار لغتان كسر التاء مع تخفيف الجيم وضمها مع التشديد، والجذاذ: بفتح الجيم وكسرها.

أما الأحكام: فقال أصحابنا: الرجوع فى القبض إلى العرف وهو ثلاثة أقسام:

أحدها: العقار والثمر على الشجرة فقبضه بالتخلية.

والثانى: ما ينقل فى العادة كالأخشاب والحبوب والحيتان(١) ونحوها، فقبضه

(١) فى أ: والحيوان.

بالنقل إلى مكان لا اختصاص للبائع به سواء نقل إلى ملك المشترى أو موات أو شارع أو مسجد أو غيره، وفيه قول حكاه الخراسانيون أنه يكفى فيه التخلية، وهو مذهب أبى حنيفة.

والثالث: ما يتناول باليد كالدراهم والدنانير والمنديل والثوب والإناء الخفيف والكتاب ونحوها فقبضه بالتناول بلا خلاف.

صرح بذلك الشيخ أبو حامد فى تعليقه والقاضى أبو الطيب والمحاملى والماوردى والمصنف فى التنبيه والبغوى وخلائق لا يحصون، وينكر على المصنف كونه أهمله هنا مع شهرته ومع ذكره له فى التنبيه، والله تعالى أعلم.

وقد لخص الرافعى - رحمه الله - كلام الأصحاب وجمع متصرفه مختصرا وأنا أنقل مختصره وأضم إليه ما أهمله إن شاء الله تعالى.

قال - رحمه الله - : القول الجملى فيه أن الرجوع فيما يكون قبضا إلى العادة، وتختلف بحسب اختلاف المال.

وأما تفصيله فنقول: المال إما أن يباع من غير اعتبار تقدير فيه، وإما مع اعتبار فيه.

فهما نوعان:

الأول: ما لا يعتبر فيه تقدير إما لعدم إمكانه وإما مع إمكانه.

فينظر إن كان المبيع مما لا ينقل كالأرض والدار، فقبضه بالتخلية بينه وبين المشترى، ويمكنه من اليد والتصرف بتسليم المفتاح إليه ولا يعتبر دخوله وتصرفه فيه ويشترط كونه فارغا من أمتعة البائع، فلو باع دارا فيها أمتعة للبائع توقف التسليم على تفريغها وكذا لو باع سفينة مشحونة بالقماش.

وحكى الرافعى بعد هذا وجها شاذا ضعيفا عند ذكر بيع الدار المذروعة أنه لا يصح بيع الدار المشحونة بالأقمشة، وادعى إمام الحرمين أنه ظاهر المذهب ولو جمع البائع متاعه فى بيت من الدار وخلى بين المشترى وبين الدار، حصل القبض فيما عدا ذلك البيت، وكذا قاله الأصحاب وكذا نقله المتولى عن الأصحاب.

وفى اشتراط حضور البائع عند المبيع فى حال الإقباض ثلاثة أوجه:

أحدها: يشترط، فإن حضرا عنده فقال البائع للمشترى: دونك هذا ولا مانع، حصل القبض وإلا فلا.

والثانى: يشترط حضور المشترى دون البائع.

وأصحها: لا يشترط حضور واحد منهما.

لأن ذلك يشق، فعلى هذا هل تشترط زمان إمكان المضى؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم، وبه قطع المتولى وغيره، وفى معنى الأرض الشجر الثابت والثمرة المبيعة على الشجر قبل أوان الجذاذ، والله سبحانه أعلم.

أما إذا كان المبيع من المنقولات فالمذهب والمشهور أنه لا تكفى التخلية، بل يشترط النقل والتحويل.

وفى قول رواه حرملة تكفى التخلية [وفى وجه تكفى التخلية][(١)] لنقل الضمان إلى المشترى، ولا تكفى لجواز تصرفه، فعلى المذهب إن كان المبيع عبدا يأمره بالانتقال من موضعه.

وإن كان دابة ساقها أو قادها.

قلت: قال صاحب البيان: لو أمر العبد بعمل لم ينتقل فيه عن موضعه، أو ركب البهيمة ولم تنقل عن موضعها فالذى يقتضيه المذهب أنه لا يكون قبضا، كما لا يكون غصبا قال: ولو ووطئ الجارية فليس قبضا على الصحيح من الوجهين وبهذا قطع الجمهور، وهذا الذى ذكره فى الغصب فيه خلاف نذكره فى الغصب إن شاء الله تعالى.

قال الرافعى: إذا كان المبيع فى موضع لا يختص بالبائع كموات ومسجد وشارع، أو فى موضع يختص بالمشترى، فالتحويل إلى مكان منه كاف فى حصول القبض، وإن كان فى بقعة مخصوصة بالبائع فالنقل من زاوية منه إلى زاوية، أو من بيت من داره إلى بيت بغير إذن البائع لا يكفى لجواز التصرف، ويكفى لدخوله فى ضمانه وإن نقل بإذنه حصل القبض، وكأنه استعار ما نقل إليه.

ولو اشترى الدار مع أمتعة فيها صفقة واحدة، فخلى البائع بينهما وبينه، حصل القبض فى الدار، وفى الأمتعة وجهان:

أصحهما: يشترط نقلها؛ لأنها منقولة[(٢)] كما لو أفردت.

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى أ: منقلة.

والثانى: يحصل فيها القبض تبعا، وبه قطع الماوردى، وزاد فقال: لو اشترى صبرة ولم ينقلها حتى اشترى الأرض التى عليها الصبرة وخلى البائع بينه وبينها حصل القبض فى الصبرة.

قلت: قال الماوردى: ولو استأجر الأرض من البائع فوجهان:

الصحيح: أنه ليس قبضا للأمتعة، والله سبحانه أعلم.

قال الرافعى: ولو لم يتفقا على القبض فجاء البائع بالمبيع فامتنع المشترى من قبضه أجبره الحاكم عليه، فإن أصر أمر الحاكم من يقبضه كما لو كان غائبا، قال: ولو جاء البائع بالمبيع فقال المشترى: ضعه فوضعه بين يديه حصل القبض، فإن وضعه بين يديه ولم يقل المشترى شيئا أو قال: لا أريده فوجهان:

أحدهما: لا يحصل القبض كما لا يحصل الإيداع.

وأصحهما: يحصل لوجوب التسليم، كما لو وضع المغصوب بين يدى المالك فإنه يبرأ من الضمان، فعلى هذا للمشترى التصرف فيه.

ولو تلف فمن ضمانه لكن لو خرج مستحقا ولم يجر إلا وضعه فليس للمستحق مطالبة المشترى بالضمان؛ لأن هذا القدر لا يكفى لضمان الغصب.

قلت: قال المتولى: ولو قال البائع للمشترى: احمله إلى واتركه عندى ففعل، صار قابضا بلا خلاف؛ لأنه بأمره، قال: وإذا وضعه عنده وقلنا: يصير قابضا فباعه قبل أن ينقله ونقله المشترى الثانى وتلف فى يده، ثم خرج مستحقا فللمستحق تغريم البائع الأول؛ لأن العين كانت فى يده، وله تغريم المشترى الثانى؛ لأنها تلفت فى يده، وليس له تغريم المشترى الأول؛ لأن ضمان الاستحقاق ضمان عدوان، وضمان العدوان لا يتعلق إلا بحقيقة الاستيلاء، ولهذا لو خلا بمال غيره لا يضمنه بمجرد ذلك، وإنما جعلناه هنا قابضا ليصح بيعه وتصرفه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو وضع المديون الدين بين يدى مستحقه ففى حصول التسليم خلاف مرتب على المبيع، وأولى بعدم الحصول لعدم تعين الدين فيه.

فرع: للمشترى الاستقلال بنقل المبيع إن كان دفع الثمن، أو كان مؤجلا، وقد سبقت المسألة مبسوطة قريبا .

فرع: لو دفع ظرفا إلى البائع فقال: اجعل المبيع فيه، ففعل - لا يحصل

التسليم؛ إذ لم يوجد من المشترى قبض، والظرف غير مضمون على البائع لأنه استعمله فى ملك المشترى بإذنه، وفى مثله فى السلم يكون الظرف مضمونا على المسلم إليه؛ لأنه استعمله فى ملك نفسه.

ولو قال للبائع: أعرنى ظرفك واجعل المبيع فيه ففعل، لا يصير المشترى قابضا النوع الثانى أن يعتبر فيه تقدير بأن اشترى ثوبا أو أرضا مذارعة، أو متاعا موارثة أو صبرة مكايلة أو معدودا بالعدد فلا يكفى للقبض ما سبق فى النوع الأول بل لا بد مع ذلك من الذرع أو الوزن أو الكيل أو العد.

وكذا لو أسلم فى آصع طعام أو أرطال منه، يشترط فى قبضه القبض أو الكيل أو الوزن، فلو قبض جزافا ما اشتراه مكايلة وقع المقبوض فى ضمانه.

وأما تصرفه فيه بالبيع ونحوه، فإن باع الجميع لم يصح؛ لأنه قد يزيد على المستحق، فإن باع ما تيقن أنه له لم يصح أيضا على الصحيح الذى قال الجمهور، وفيه وجه ضعيف أنه يصح، قال المتولى: هذا الوجه لأبى إسحاق المروزى.

قال أصحابنا: وقبض ما اشتراه كيلا بالوزن أو وزنا بالكيل كقبضه جزافا، ولو قال البائع: خذه فإنه كذا فأخذه مصدقا له فالقبض فاسد أيضا، حتى يقع اكتيال صحيح، فإن زاد رد الزيادة.

فإن نقص أخذ التمام فلو تلف المقبوض فزعم الدافع أنه كان قدر حقه أو أكثر وزعم القابض أنه كان دون حقه أو قدره، فالقول قول القابض، فلو أقر بجريان الكيل لم يسمع منه خلافه، واعلم أن للمبيع - مكايلة - صورا:

منها: قوله: بعتك هذه الصبرة بدرهم.

ومنها: بعتكها على أنها عشرة آصع .ومنها بعتك عشرة آصع منها، وهما يعلمان صيعانها، أو لا يعلمان إذا جوزنا ذلك.

فرع: ليس على البائع الرضا بكيل المشترى، ولا على المشترى الرضا بكيل البائع، بل يتفقان على كيال، وإن لم يتراضيا نصب الحاكم أمينا يتولاه، قاله الماوردى.

فرع: مؤنة الكيل الذى يفتقر إليه القبض تكون على البائع كمؤنة إحضار المبيع الغائب فإنها على البائع.

وأما مؤنة وزن الثمن فعلى المشترى لتوقف التسليم ومؤنة نقد الثمن هل هى على

البائع أو المشترى؟ فيه وجهان، قلت: .

أصحهما: على البائع.

وأما مؤنة نقل المبيع بعد القبض إلى دار المشترى فعلى المشترى.

فرع: لو كان لزيد على عمرو طعام سلما، ولآخر مثله على زيد فأراد زيد أن يؤدى ما عليه مما له على عمرو فقال لغريمه: اذهب إلى عمرو فاقبض لنفسك ما لى عليه فقبضه - فهو قبض فاسد وكذا لو قال: أحضره معى لأكتاله منه لك ففعل وإذا فسد القبض فالمقبوض مضمون على القابض، وهل تبرأ ذمة عمرو من حق زيد؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم؛ فإن قلنا: لا تبرأ فعلى القابض رد المقبوض إلى عمرو على عمرو، ولو قال زيد: اذهب فاقبضه له ثم اقبضه منى لنفسك بذلك الكيل، أو قال: احضر معى لأقبضه لنفسى، ثم تأخذه لنفسك بذلك الكيل ففعل، فقبضه لزيد فى الصورة الأولى، وقبض زيد لنفسه فى الثانية [فالقبضان] صحيحان وتبرأ ذمة عمرو من حق زيد، والقبض الآخر فاسد، والمقبوض مضمون عليه، وفى وجه ضعيف يصح قبضه لنفسه فى الصورة الأولى.

ولو اكتال زيد وقبضه لنفسه، ثم كاله على مشتريه وأقبضه فقد جرى الصاعان، وصح القبضان، فإن زاد حين قبضه ثانيا أو نقص فالزيادة لزيد والنقص عليه إن كان قدرا يقع بين الكيلين، فإن كان أكثر علمنا أن الكيل الأول غلط فيرد زيد الزيادة ويأخذ النقصان، ولو أن زيدا لما اكتاله لنفسه لم يخرجه من المكيال وسلمه كذلك إلى مشتريه فوجهان:

أحدهما: لا يصح القبض الثانى حتى يخرجه ويبتدئ كيلا.

وأصحهما - عند الأكثرين - : أن استدامته فى المكيال كابتداء الكيل، وهذه الصورة كما تجرى فى دينى السلم تجرى فيما لو كان أحدهما مستحقا فى السلم والآخر بقرض أو إتلاف.

فرع: قال أصحابنا: للمشترى أن يوكل فى القبض، وللبائع أن يوكل فى الإقباض، ويشترط فى ذلك أمران:

أحدهما: ألا يوكل المشترى من يده يد البائع؛ كعبده ومستولدته، ولا بأس بتوكيل أبيه وابنه ومكاتبه، وفى توكيل عبده المأذون له وجهان:

أصحهما: لا يجوز.

ولو قال للبائع: «وكل من يقبض لى منك» جاز، ويكون وكيلا للمشترى فى التوكيل، وكذا لو وكل البائع بأن يأمر من يشترى منه للموكل.

الأمر الثانى: ألا يكون القابض والمقبوض واحدا، فلا يجوز أن يوكل البائع رجلا فى الإقباض، ويوكله المشترى فى القبض، كما لا يجوز أن يوكله هذا فى البيع وذاك فى الشراء ولو كان عليه طعام وغيره من سلم أو غيره، فدفع إلى المستحق دراهم وقال: اشترها بمثل ما تستحقه لى واقبضه، ثم اقبضه لنفسك، ففعل صح الشراء والقبض للموكل، ولا يصح قبضه لنفسه لاتحاد القابض والمقبوض، ولامتناع كونه وكيلا لغيره فى حق نفسه، وفى وجه ضعيف يصح قبضه لنفسه، وإنما يمتنع قبضه من نفسه لغيره.

ولو قال: اشتر بهذه الدراهم لى واقبضه لنفسك ففعل صح الشراء، ولم يصح قبضه لنفسه، ويكون المقبوض مضمونا عليه، وهل تبرأ ذمة الدافع من حق الموكل؟ فيه الوجهان السابقان، ولو قال: اشتر لنفسك فالتوكيل فاسد وتكون الدراهم أمانة فى يده لأنه لم يقبضها ليتملكها، فإن اشترى نظر: إن اشترى فى الذمة وقع الشراء له وأدى ثمنه من ماله، وإن اشترى بعينها فوجهان:

الصحيح: بطلان الشراء.

والثانى: صحته.

ولو قال لمستحق الحنطة: اكتل حقك من هذه الصبرة ففعل لم يصح قبضه على أصح الوجهين؛ لأن الكيل أحد ركنى القبض، وقد صار نائبا من جهة البائع، ومتأصلا لنفسه ويستثنى عن الشرط الثانى ما إذا اشترى الأب لابنه الصغير من مال نفسه أو لنفسه من مال الصغير، فإنه يتولى طرفى القبض كما يتولى طرفى البيع، وفى احتياجه إلى النقل فى المنقول وجهان:

أصحهما: يحتاج كما يحتاج إلى الكيل إذا باع كيلا.

فرع: يستثنى عن صورة القبض المذكور إتلاف المشترى المبيع، فإنه قبض كما سبق.

فرع: قبض الجزء المشاع المبيع من دابة وثوب وغير ذلك إنما يحصل بتسليم الجميع، ويكون ما عدا المبيع أمانة فى يده، فلو طلب المشترى القسمة قبل

القبض، قال صاحب التتمة: يجاب إليها؛ لأنا إن قلنا: القسمة إفراز فظاهر، وإن قلنا: بيع فالرضا غير معتبر فيه، فإن الشريك يجبر عليه، وإذا لم نعتبر الرضا جاز ألا نعتبر القبض كالشفعة، والله سبحانه وتعالى أعلم، هذا آخر ما نقله الرافعي رحمه الله.

فرع: قال المتولي: لو باع شيئا هو فى يد المشتري قبل الشراء، فإن كان فى يده بجهة ضمان كغصب أو عارية أو سوم صار بمجرد الشراء مقبوضا له؛ لأن البيع جهة ضمان أيضا، فيسقط ضمان القيمة ويحصل ضمان المشترى، وإن كان فى يده بجهة أمانة كوديعة أو وكالة أو شركة أو قراض صار بمجرد البيع مقبوضا له، ولا يحتاج إلى إذن فى القبض، وهل يشترط مضى زمان يتأتى فيه النقص إذا كان المبيع غائبا عن مجلس العقد؟ فيه وجهان: [فإن شرطناه ففى اشتراط نقله وجهان][1]

قال: ولنا وجه ضعيف أن من اشترى شيئا فى يده لا يصح قبضه إياه قبل أداء الثمن إلا بإذن البائع، قال: ولو باع الرهن للمرتهن بالدين لم يشترط الإذن فى القبض بلا خلاف، وفى اشتراط مضى الزمان والنقل ما سبق من الخلاف.

فرع: قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح - رحمه الله -: قول الأصحاب: إنه إذا نقله من زاوية من دار البائع إلى زاوية لا يحصل القبض؛ لأن الدار وما فيها فى يد البائع، وفيه إشكال لأنه إذا أخذه وأثبتناه له لنقله فمجرد هذا قبض، ولا يتوقف كونه قبضا على وضعه فوضعه بعد احتواء يده عليه فى دار البائع لا يخرج ما سبق عن أن يكون قبضا، بل كأنه قبضه ثم أعاده إلى يد البائع، وقد احتج إمام الحرمين لما ذكره الأصحاب بأنه لو دخل دار إنسان ثم تنازعا فى متاع قريب من الداخل فإن اليد فيه لرب الدار لا للداخل، وبخلاف ما لو كانت يده محتوية عليه قال الشيخ أبو عمرو: وهذا حجة على الإمام، فإنا لا نجعله قبضا بسبب نقله إلى ملك البائع، بل لاحتواء يده عليه حالة النقل.

فإن قيل: فهذا مبنى على ما ذكره الأصحاب أن القبض فيما يتناول باليد التناول وأن الثقيل لا بد فيه من النقل لأن أهل العرف لا يعدون احتواء اليد على هذا قبضا من غير تحويل؛ لأن التزاحم لا يصلح قرارا لهذا الثقيل، فاحتواء اليد عليه حالة

---

(١) سقط فى ط.

الإشالة كعدم الاحتواء لاضطراره إلى إزالته على قرب.

قلنا: هذا جواب حسن، ويتأيد بقوله ﷺ في الطعام: «حتى يحوزه التجار إلى رحالهم»، ولكن الإشكال باق، فإن احتواء اليد عليه حالة الحمل قبض حسى، ولا يخفى أنه لو نازعه غيره وكانت اليد فيه لمن هو فى يده حسنا وصدق فى قوله[١] له بيمينه.

فإن كان النزاع بينه وبين آخر كان صاحبه مالك موضع النزاع، هذا آخر كلام أبى عمرو - رحمه الله - والجواب المذكور صحيح، ولا يبقى بعده إشكال يلتفت إليه لأن أهل العرف لا يعدون مجرد دفعه قبضا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: إذا انقضى الخيار، ولزم البيع حصل الملك فى المبيع للمشترى، وفى الثمن للبائع من غير توقف على القبض بلا خلاف، ونقل المتولى وغيره، فى[٢] إجماع المسلمين، واحتج له بحديث ابن عمر السابق: «كنت أبيع الإبل بالبقيع» إلى آخره.

فرع: إذا باع بنقد معين أو بنقد مطلق، وحملناه على نقد الملك، فأبطل السلطان المعاملة به قبل القبض، قال أصحابنا: لا ينفسخ العقد، ولا خيار للبائع، وليس له إلا ذلك النقد المعقود عليه، كما لو اشترى حنطة فرخصت قبل القبض، أو أسلم فيها فرخصت قبل المحل، فليس له غيرها، هكذا قطع به الجمهور، وحكى البغوى والرافعى وجها: أن البائع مخير: إن شاء أجاز البيع بذلك النقد، وإن شاء فسخه، كما لو تغيب قبل القبض، والمذهب الأول، قال المتولى وغيره: ولو جاء المشترى بالنقد الذى أحدثه السلطان لم يلزم البائع قبوله، فإن تراضيا به، فهو اعتياض، وحكمه حكم الاعتياض عن الثمن، وعن أبى حنيفة رواية: أنه يجب قبوله، وعنه رواية: أنه ينفسخ البيع، دليلنا عليه فى الأول: أنه غير الذى التزمه المشترى فلم يجب قبوله، كما لو اشترى بدراهم، وأحضر دنانير.

ودليلنا فى الثانى: أن المقصود[٣] عليه باق مقدور على تسليمه، فلم يفسخ[٤]

---

(١) فى أ: كونه.
(٢) فى أ: فيه.
(٣) فى أ: العقود.
(٤) فى أ: ينفسخ.

العقد فيه كما لو اشترى شيئا فى حال الغلاء فرخصت الأسعار.

فرع: فى مذاهب العلماء فى حقيقة القبض، قد ذكرنا أن مذهبنا أن القبض فى العقار ونحوه بالتخلية، وفى المنقول بالنقل، وفى المتناول باليد التناول، وبه قال أحمد[١]، وقال مالك[٢] وأبو حنيفة[٣]: القبض فى جميع الأشياء بالتخلية؛ قياسا على العقار، دليلنا: حديث زيد بن ثابت الذى ذكره المصنف، والمعنى الذى ذكره المصنف.

فإن قيل: فحوزه إلى الرحال ليس بشرط الإجماع.

قلنا: دل الحديث على أصل النقل، وأما التخصيص بالرحال؛ فخرج على الغالب، ودل الإجماع: أنه ليس بشرط فى[٤] أصل النقل.

والجواب: عن القياس على العقار: أنه لا يمكن فيه إلا التخلية؛ ولأنها قبض له فى العرف بخلاف المنقول، والله سبحانه أعلم.

واحتج البيهقى للمذهب بحديث ابن عمر، قال: «كُنَّا فِى زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ نَبْتَاعُ الطَّعَامَ، فَيَبْعَثُ عَلَيْنَا مَنْ يَأْمُرُنَا بِانْتِقَالِهِ مِنَ الْمَكَانِ الَّذِى ابْتَعْنَاهُ إِلَى مَكَان سِوَاهُ قَبْلَ أَنْ نَبِيعَهُ»[٥] رَوَاهُ مُسْلِمٌ - رحمه الله - وَفِى رِوَايَةٍ: «كُنَّا نَشْتَرِى الطَّعَامَ مِنَ الرُّكْبَانِ جِزَافًا، فَنَهَانَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ نَبِيعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ مِنْ مَكَانِهِ» رَوَاهُ الْبُخَارِى وَمُسْلِمٌ، وَفِى رِوَايَةٍ عَنْهُ، قَالَ: «رَأَيْتُ النَّاسَ فِى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِذَا ابْتَاعُوا

---

(١) قال فى كشاف القناع (٣/ ٢٤٧): ويحصل القبض في صبرة بنقلها لحديث ابن عمر كنا نشتري الطعام من الركبان جزافا، فنهانا النبي ﷺ أن نبيعه حتى ننقله رواه مسلم . (و) يحصل القبض (فيما ينقل) كالثياب والحيوان (بنقله) كالصبرة قال في الشرح والمبدع، فإن كان حيوانا فقبضه تمشيته من مكانه .
ويحصل القبض (فيما يتناول و) كالأثمان والجواهر (بتناوله) إذ العرف فيه ذلك .
و) يحصل القبض (فيما عدا ذلك) المتقدم ذكره من عقار وهو الضيعة والأرض والبناء والغراس (ونحوه) كالثمر على الشجر بتخليته مع عدم مانع أي حائل بأن يفتح له باب الدار أو يسلمه مفتاحها ونحوه وإن كان فيه متاع للبائع قال الزركشي : ويأتي عملا بالعرف .

(٢) قال في مواهب الجليل (٤/ ٤٧٧): وقبض العقار بالتخلية وغيره بالعرف.

(٣) قال في بدائع الصنائع)٥/ ٢٤٤): لا خلاف بين أصحابنا في أن أصل القبض يحصل بالتخلية في سائر الأموال.

(٤) فى أ: فبقى.

(٥) تقدم.

الطَّعَامَ جِزَافًا يُضْرَبُونَ فِي أَنْ يَبِيعُوهُ مَكَانَهُمْ، حَتَّى يُؤْوُهُ إِلَى رِحَالِهِمْ» رواه البخارى ومسلم، رحمهما الله تعالى.

قال المصنف - رحمه الله تعالى: ولا يجوز بيع ما لا يقدر على تسليمه، كالطير فى الهواء، أو السمك فى الماء، والجمل الشارد، والفرس العائر، والعبد الآبق، والمال المغصوب فى يد الغاصب؛ لحديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ»، وهذا غرر، ولهذا قال ابن مسعود: «لا تشتروا السمك فى الماء؛ فإنه[1] غرر»، ولأن القصد بالبيع تمليك التصرف، وذلك لا يمكن فيما لا يقدر على تسليمه، فإن باع طيرا فى برج مغلق الباب، أو السمك فى بركة لا تتصل بنهر - نظرت فإن قدر على تناوله إذا أراد من غير تعب جاز بيعه، وإن كان فى برج عظيم أو بركة عظيمة لا يقدر على أخذه إلا بتعب لم يجز بيعه؛ لأنه غير مقدور عليه فى الحال، وإن باع العبد الآبق ممن يقدر عليه، أو المغصوب من الغاصب، أو ممن يقدر على أخذه منه - جاز؛ لأنه لا غرر فى بيعه منه.

الشرح: حديث أبى هريرة[2] صحيح سبق بيانه. والأثر المذكور عن ابن مسعود[3] صحيح رواه البيهقى مرفوعا منقطعا، ثم قال: الصحيح أنه موقوف وقوله: «فى بركة» - بكسر الباء - والنهر - بفتح الهاء - ويجوز إسكانها.

أما الأحكام: فقد سبق أن أحد شروط المبيع، القدرة على تسليمه، قال أصحابنا: وفوات القدرة قد يكون حسيا، وقد يكون شرعيا، فمن الشرعى بيع المرهون والوقف وأم الولد، وكذا الجانى فى قول، وغير ذلك.

وأما الحسى ففيه مسائل:

إحداها: لا يجوز بيع الطير فى الهواء ولا السمك فى الماء المملوكين له، لما ذكره المصنف، فلو باع السمك المملوك له وهو فى بركة لا يمكنه الخروج منها، أو طيرا فى برج مغلق فإن أمكن أخذه بلا تعب كبركة صغيرة وبرج صغير جاز بيعه بلا خلاف، وإن لم يمكن أخذه إلا بتعب فوجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين:

---

(١) فى أ: لأنه.

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٥/ ٣٤٠) فى كتاب البيوع باب ما جاء فى النهى عن بيع السمك فى الماء.

أصحهما: وبه قطع المصنف وآخرون، وهو ظاهر النص فى المختصر، ونقله صاحب البيان عن النص - : لا يصح.

والثانى: يصح كما يصح بيع ما يحتاج فى نقله إلى مؤنة كبيرة، وهذا الوجه لابن سريج.

قال الشيخ أبو حامد: هذا لا وجه له.

أما إذا كان باب البرج مفتوحا فلا يصح على الصحيح، وبه قطع صاحب البيان؛ لأنه لا يقدر على تسليمه؛ لتمكنه من الطيران، قال أصحابنا: وحيث صححناه فشرطه ألا يمنع الماء رؤيته، فإن منعها، ففيه قولا بيع الغائب: إن عرف المتعاقدان قدره وصفته صح، وإلا فلا يصح بلا خلاف، ولو باع الطير فى حال ذهابها إلى الرعى، أو غيره اعتمادا على عادة عودها فى الليل فوجهان مشهوران للخراسانيين:

أصحهما عند جمهورهم: لا يصح، وهو ظاهر كلام المصنف وغيره.

وأصحهما عند إمام الحرمين: الصحة، كالعبد المبعوث فى شغل.

والمذهب: الأول؛ لأنه لا وثوق بعودها لعدم عقلها بخلاف العبد.

الثانية: لا يجوز بيع العبد الآبق، والجمل الشارد، والفرس العائر، والمال الضال، ونحوها لما ذكره المصنف، وسواء عرف موضع الآبق والضال ونحوه أم لا؛ لأنه غير مقدور على تسليمه فى الحال، وهكذا قاله الأصحاب، وكذا قال الرافعى: إنه المذهب المعروف.

قال الأصحاب: لا يشترط فى الحكم بالبطلان اليأس من التسليم، بل يكفى ظهور التعذر.

قال: وأحسن بعض الأصحاب، فقال: إذا عرف موضعه وعلم أنه يصله إذا رام وصوله فليس له حكم الآبق، قلت: والمذهب ما سبق.

وأما المغصوب فإذا باعه مالكه نظر: إن قدر البائع على استرداده وتسليمه، صح البيع بلا خلاف كما يصح بيع الوديعة والعارية، وإن عجز نظر: إن باعه لمن لا يقدر على انتزاعه، من الغاصب لم يصح قطعا، وإن باعه من قادر على انتزاعه فوجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين:

أصحهما وبه قطع المصنف وغيره: يصح، لما ذكره المصنف.

والثانى: لا؛ لأن البيع لا يقتضى تكليف المشترى تعب الانتزاع، وإن صححناه

وعلم المشترى الحال، فلا خيار له، ولكن لو عجز عن انتزاعه لضعف عرض له أو قوة عرضت للغاصب - فله الخيار على المذهب، وبه قطع الأكثرون، وفيه وجه أنه لا خيار، حكاه الرافعى، وإن كان جاهلا حال العقد كونه مغصوبا فله الخيار بلا خلاف، ولو باع الآبق ممن يسهل عليه رده، ففيه الوجهان كالمغصوب:

الصحيح: الصحة.

فرع: قال أصحابنا: يجوز تزويج[١] الآبقة والمغصوبة وإعتاقهما بلا خلاف.

قال فى البيان: ولا يجوز كتابة المغصوب؛ لأنها تقتضى التمكين من التصرف.

الثالثة: لو باع ملحا[٢] أو جمدا وزنا، وكان بحيث ينماع إلى أن يوزن، ففى صحة بيعه وجهان:

الأصح: لا يصح؛ لإمكان بيعه جزافا.

فرع: قال الشافعى والأصحاب: لا يجوز أن يستأجر البركة؛ لأخذ السمك منها؛ لأن الأعيان لا تملك بالإجارة، فلو استأجر البركة ليحبس فيها الماء ليجتمع فيها السمك ويصطاده - فوجهان:

أحدهما: لا يجوز، قاله الشيخ أبو حامد.

وأصحهما عند الأصحاب: جوازه، وبه قطع صاحب الشامل وآخرون؛ لأن البركة يمكن الاصطياد بها فجازت إجارتها كالشبكة.

قالوا: وقول الشافعى: لا تجوز إجارة البركة للحيتان أراد به إذا حصل فيها سمك وأجرها لأخذ ما حصل فيها، وهذه الإجارة باطلة؛ لأنها إجارة لأخذ الغير، فأما البركة الفارغة فإنه يجوز إجارتها، والله أعلم.

فرع: قد ذكرنا أن بيع الآبق باطل، فلو عاد الآبق بعد البيع لم ينقلب البيع صحيحا عندنا، وقال أبو حنيفة: ينقلب صحيحا، واستدل أصحابنا بما لو باع طائرا فى الهواء ثم وقع فى يده؛ فإنه لا ينقلب العقد صحيحا، وحكى صاحب البيان عن ابن عمر أنه باع آبقا.

فرع: قال الرويانى: لو باع سفينة فى لجة البحر لا يقدر على تسليمها حال العقد

---

(١) فى أ: تجويز.
(٢) فى أ: ثلجًا.

لم يصح، سواء كان فيها أم لا، فإن قدر جاز.

قال المصنف - رحمه الله تعالى - : ولا يجوز بيع عين مجهولة كبيع عبد من عبيد، وثوب من أثواب؛ لأن ذلك غرر من غير حاجة، ويجوز أن يبيع قفيزا من صبرة؛ لأنه إذا عرف الصبرة عرف القفيز منها فزال الغرر.

الشرح: القفيز مكيال معروف، ومراد الفقهاء به التمثيل، وأصل القفيز مكيال يسع اثنى عشر صاعا، والصاع خمسة أرطال وثلث بالبغدادى، هكذا ذكره أهل اللغة، وأصحاب الغريب وغيرهم، قال الأزهرى: الإردب أربعة وعشرون صاعا، وهو أربعة وسبعون منا، والمنا رطلان، والعنقل نصف إردب، قال: والكرستون قفيز، والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف، وهو ثلاث حجليات والعرق ثلاثة آصع.

وقول المصنف: «لأن ذلك غرر من غير حاجة» احتراز من السلم ومن أساس الدار.

أما الأحكام: فقد سبق أن من شروط المبيع كونه معلوما.

قال أصحابنا: وليس معناه أنه يشترط العلم به من كل وجه، بل المشترط علم عينه وقدره وصفته، وقد ذكر المصنف ذلك كله فى فصول متراسلة فبدأ باشتراط عين المبيع.

قال أصحابنا: لا يجوز بيع عين مجهولة، فلو[1] قال: بعتك أحد عبيدى أو أحد عبدى هذين أو شاة من هذا القطيع أو من هاتين الشاتين أو ثوبا من هؤلاء أو من هذين أو ما أشبه ذلك - فالبيع باطل، وكذا لو قال: بعتكهم إلا واحدا منها[2]، وسواء تساوت قيمتهم وقيم الشياه والأثواب أم لا، وسواء قال: ولك الخيار فى التعيين أم لا، فالبيع باطل فى كل هذا عندنا بلا خلاف إلا قولا قديما حكاه المتولى أنه إذا قال: بعتك أحد عبيدى أو عبيدى[3] الثلاثة على أن تختار من بينهم[4] فى ثلاثة أيام أو أقل، صح العقد، وهذا شاذ مردود لأنه غرر.

---

(١) فى أ: فإذا.
(٢) فى أ: منهما.
(٣) فى أ: عبدى.
(٤) فى أ: شئت منهم.

ولو كان له عبد فاختلط بعبيد لغيره ولم يعرفه فقال: بعتك عبدى من هؤلاء والمشترى يراهم كلهم ولا يعرف عينه فوجهان، قطع المتولى بأنه كبيع الغائب ففيه الخلاف، وقال البغوى: عندى أن هذا باطل وهذا أصح، ولو فرقت صيعان الصبرة المتماثلة فباع صاعا منها، فالمشهور فى المذهب بطلان البيع، وبه قطع الجمهور، كما ذكرنا فى نظائره، وحكى المصنف فى تعليقه عن شيخه القاضى أبى الطيب الطبرى فى صحة بيعه لعدم الغرر، وكما لو باع بدرهم فإنه يحمل على درهم من نقد البلد، ولا يضر عدم تعينه، والمذهب: البطلان لأنه قد يختلف به غرض بخلاف الدراهم، ولأنه يمكنه أن يبيع أحد الصيعان بعينه، ولا يجوز إبهامه، وأما الدراهم فتحتاج إلى إثباته فى الذمة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: قال أصحابنا: يجوز بيع الجزء الشائع من كل جملة معلومة من دار أو أرض أو عبد أو صبرة أو ثمرة وغيرها، لعدم الغرر، لكن لو باع جزءا شائعا من شىء بمثله من ذلك الشىء بأن كانت دار بين اثنين نصفين فباع أحدهما نصيبه لشريكه بنصيبه، ففى صحة البيع وجهان:

الصحيح: الصحة وسبقت المسألة بفروعها وفوائدها فى آخر باب ما يجوز بيعه، ولو باع الجملة واستبقى منها جزءا شائعا جاز، مثاله: بعتك هذه الثمار إلا ربعها وقدر الزكاة منها، ولو قال: بعتك ثمرة هذا البستان بثلاثة آلاف درهم إلا ما يخص ألفا، فإن أراد ما يخصه إذا وزعت الثمرة على المبلغ المذكور صح وكان استثناء للثلث، وإن أراد ما يساوى ألفا عند التقويم فلا؛ لأنه مجهول، والله سبحانه أعلم.

فرع: إذا باع قفيزا من صبرة فقد قطع المصنف بالصحة، ومراده إذا كانت الصبرة أكثر من قفيز وهى متساوية وكانت مجهولة الصيعان فباع صاعا منها فيصح على المذهب، وبه قطع الأكثرون، وهو المنصوص، وفيه وجه أنه لا يصح، وهو اختيار القفال، وسنعيد المسألة واضحة - إن شاء الله تعالى - حيث بسطها المصنف بعد هذا فى فصل بيع مجهول القدر.

فرع: قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يجوز بيع عبد من عبيد ولا من عبدين ولا ثوب من ثياب، ولا من ثوبين، سواء شرط الخيار أم لا.

وقال أبو حنيفة[١]: إذا باع عبدا من عبدين أو ثلاثة بشرط خيار ثلاثة أيام صح. وإن باعه عبدا من أربعة فأكثر لم يصح، وقال مالك: إذا باع عبدا من عبيد أو ثوبا من ثياب وكلها متقاربة فى الصفة وشرط الخيار للمشترى صح البيع.

قال المصنف - رحمه الله تعالى: ولا يجوز بيع العين الغائبة إذا جهل جنسها أو نوعها؛ لحديث أبى هريرة أن النبى ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ»، وفى بيع ما لا يعرف جنسه أو نوعه غرر كبير، فإن علم الجنس والنوع بأن قال: بعتك الثوب المروى الذى فى كمى، أو العبد الزنجى الذى فى دارى، أو الفرس الأدهم الذى فى إصطبلى ففيه قولان قال فى القديم والصرف: يصح ويثبت له الخيار إذا رآه، لما روى ابن أبى مليكة: «أن عثمان رضى الله عنه ابتاع من طلحة أرضا بالمدينة ناقله بأرض له بالكوفة فقال عثمان: بعتك ما لم أره، فقال طلحة: إنما النظر [لى لأنى ابتعت][٢] مغيبا وأنت قد رأيت ما ابتعت فتحاكما إلى جبير بن مطعم فقضى على عثمان أن البيع جائز، وأن النظر لطلحة لأنه ابتاع مغيبا. ولأنه عقد على عين فجاز مع الجهل بصفته كالنكاح.

وقال فى الجديد: لا يصح لحديث أبى هريرة: أن رسول الله ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ»، وفى هذا البيع غرر ولأنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم.

فإذا قلنا بقوله القديم فهل تفتقر صحة البيع إلى ذكر الصفات أم لا؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا يصح حتى تذكر جميع الصفات كالمسلم فيه.

والثانى: لا يصح، حتى تذكر الصفات المقصودة.

والثالث: أنه لا يفتقر إلى ذكر شىء من الصفات، وهو المنصوص فى الصرف لأن الاعتماد على الرؤية، ويثبت له الخيار إذا رآه فلا يحتاج إلى ذكر الصفات فإن

---

(١) قال في البحر الرائق (٥/ ٣٠٧): (قوله ومن باع صبرة كل صاع بدرهم صح في صاع) يعني عند أبي حنيفة إلا أن يسمي جميع قفزانها أو جميع ثمنها، وقالا يصح مطلقا له أنه تعذر الصرف إلى الكل لجهالة المبيع والثمن فينصرف إلى الأقل وهو معلوم إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل في المجلس ولهما أن الجهالة بيدهما إزالتها ومثلها غير مانع كما إذا باع عبدا من عبدين على أن المشتري بالخيار، ولم يذكر المصنف الخيار على قوله قالوا له الخيار في الواحد كما إذا رآه، ولم يكن رآه وقت البيع.

(٢) فى أ: لمن ابتاع.

وصفه ثم وجده على خلاف ما وصف ثبت له الخيار، وإن وجده على ما وصف أو أعلى، ففيه وجهان:

أحدهما: لا خيار له لأنه وجده على ما وصف فلم يكن له خيار كالمسلم فيه.

والثانى: أن له الخيار؛ لأنه يعرف ببيع خيار الرؤية فلا يجوز أن يخلو من الخيار.

وهل يكون له الخيار على الفور أم لا؟فيه وجهان:

قال ابن أبى هريرة: هو على الفور لأنه خيار تعلق بالرؤية، فكان على الفور كخيار الرد بالعيب.

وقال أبو إسحاق: يتقدر الخيار بالمجلس؛ لأن العقد إنما يتم بالرؤية فيصير كأنه عقد عند الرؤية، فيثبت له خيار كخيار المجلس.

وأما إذا رأى المبيع قبل العقد ثم غاب عنه ثم اشتراه، فإن كان مما لا يتغير كالعقار وغيره جاز بيعه، وقال أبو القاسم الأنماطى: لا يجوز فى قوله الجديد؛ لأن الرؤية شرط فى العقد، فاعتبر وجودها فى حال العقد كالشهادة فى النكاح، والمذهب: الأول؛ لأن الرؤية تراد للعلم بالمبيع وقد حصل العلم بالرؤية المتقدمة، فعلى هذا إذا اشتراه ثم وجده على الصفة الأولى أخذه، وإن وجده ناقصا فله الرد؛ لأنه ما التزم العقد فيه إلا على تلك الصفة، وإن اختلفا فقال البائع لم يتغير، وقال المشترى: بل قد تغير.

فالقول قول المشترى؛ لأنه يؤخذ منه الثمن فلا يجوز من غير رضاه، وإن كان مما يجوز أن يتغير ويجوز ألا يتغير أو يجوز أن يبقى ويجوز ألا يبقى، ففيه[(١)] وجهان:

أحدهما: أنه لا يصح؛ لأنه مشكوك فى بقائه على صفته.

والثانى: يصح، وهو المذهب؛ لأن الأصل بقاؤه على صفته فصح بيعه قياسا على ما لا يتغير.

الشرح: حديث أبى هريرة [(٢)] صحيح سبق بيانه أول الباب.

والأثر المذكور عن عثمان [(٣)] وطلحة رواه البيهقى بإسناد حسن، لكن فيه رجل مجهول مختلف فى الاحتجاج به، وقد روى مسلم له فى صحيحه.

---

(١) فى أ: فيه.

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه البيهقى (٥/٢٦٨) فى كتاب البيوع باب من قال يجوز بيع العين الغائبة.

قوله: «الثوب المروى» - بإسكان الراء بلا خلاف ولا يجوز فتحها - : منسوب إلى مرو المدينة المشهورة بخراسان، والزنجى - بفتح الزاى وكسرها - والإصطبل بهمزة قطع.

قوله: «قال فى القديم والصرف» أى فى بيان[1] الصرف من الكتب الجديدة، وهو أحد كتب الأم وابن أبى مليكة اسمه عبد الله بن عبد الله بن أبى مليكة، واسم أبى مليكة زهير بن عبد الله بن جدعان - بضم الجيم وإسكان الدال المهملة - ابن عمرو بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة التيمى المكى، كنيته أبو بكر، كان قاضى مكة لعبد الله بن الزبير ومؤذنا له، توفى سنة سبع عشرة.

وقوله: «ناقله بأرض له بالكوفة» - هو - بالنون والقاف - أى بادله بها، ونقل كل واحد ملكه إلى موضع الآخر[2] وقوله: «ابتعت مغيبا» هو بضم الميم وفتح الغين المعجمة وفتح الياء المشددة».

وقوله: «عقد على عين» هو احتراز من السلم.

وقوله: «نوع بيع» احتراز من الوصية والنكاح.

وقوله: «خيار تعلق بالرؤية» احتراز من اختيار الفسخ كالإعسار بالنفقة.

أما الأحكام: فقد سبق أنه يشترط العلم بقدر المبيع وعينه وصفته وهذا الفصل مع الفصول التى بعده متعلقة بصفة المبيع.

وفى الفصل مسائل:

إحداها: فى بيع الأعيان الحاضرة التى لم تر قولان مشهوران:

قال فى القديم والإملاء والصرف من الجديد: يصح.

وقال فى الأم والبويطى وعامة الكتب الجديدة: لا يصح.

قال الماوردى فى الحاوى: نص الشافعى فى ستة كتب على صحته فى القديم والإملاء والصلح والصداق والصرف والمزارعة، ونص فى ستة كتب أنه لا يصح فى الرسالة والسير والإجارة والغصب والاستبراء والتصرف فى العروض.

واختلف الأصحاب فى الأصح من القولين: فصحح البغوى والرويانى صحته،

---

(١) فى أ: كتاب.
(٢) فى أ: آخر.

وصحح الأكثرون بطلانه، ممن صححه المزنى والبويطى والربيع، وحكاه عنهم الماوردى، وصححه أيضا الماوردى والمصنف فى التنبيه والرافعى فى المحرر، وهو الأصح، وعليه فتوى الجمهور من الأصحاب، وعليه يفرعون فيما عدا هذا الموضع، ويتعين هذا القول لأنه الآخر من نص الشافعى فهو ناسخ لما قبله.

قال البيهقى فى كتابه معرفة السنن[١] والآثار فى أول كتاب البيوع: جوز الشافعى بيع الغائب فى القديم وكتاب الصلح والصرف وغيرهما، ثم رجع فقال: لا يجوز لما فيه من الغرر، والله أعلم.

وفى محل القولين ثلاث طرق:

أصحها[٢]: طردهما فيما لم يره المتعاقدان أو أحدهما، ولا فرق بينهما.

والثانى: أنهما فيما رآه البائع دون المشترى، فإن لم يره البائع فباطل قطعا؛ لأنه يقتضى الخيار، والخيار فى جانب البائع تعبد.

والثالث: إن رآه المشترى صح قطعا، سواء رآه البائع أم لا، فإن لم يره ففيه القولان؛ لأن المشترى محصل، والبائع معرض، والاحتياط للمحصل أولى، وهذا الطريق هو اختيار العراقيين، قال أصحابنا ويجرى القولان فى بيع الغائب وشرائه فى إجارته وكونه رأس مال سلم إذا سلمه فى المجلس، وفى المصالحة عليه، وفى وقفه.

وأما إذا أصدقها عينا غائبة، أو خالعها عليها أو عفى عن القصاص، صح النكاح، وحصلت البينونة فى الخلع، وسقط القصاص، ولا خلاف فى هذه الثلاثة.

وفى صحة المسمى فيها القولان، فإن لم نصحح وجب مهر المثل لها فى مسألة الصداق وله فى مسألة الخلع، ووجبت الدية على المعفو عنه.

وفى رهن الغائب وهبته القولان، وقيل: هما أولى بالصحة لعدم الغرر، ولهذا إذا صححناهما فلا خيار عند الرؤية.

الثانية: إذا لم نجوز بيع الغائب وشراءه فعليه فروع:

أحدها: استقصاء الأوصاف على الحد المعتبر فى السلم، هل يقوم مقام الرؤية؟

---

(١) فى أ: السير.
(٢) فى أ: أصحهم.

وكذا سماع وصفه بطريق التواتر، فيه وجهان:

أصحهما: لا يقوم، وبه قطع العراقيون.

الثانى: إذا كان الشىء مما لا يستدل برؤية بعضه على الباقى فإن كان المرئى صوانا له - بكسر الصاد وضمها - كقشر الرمان والبيض والقشر الأسفل من الجوز واللوز وقشر البندق ونحوه كالخشكنان كفى رؤيته، وصح البيع بلا خلاف، ولا يصح بيع لب الجوز واللوز ونحوهما بانفراده ما دام فى قشره بلا خلاف؛ لأن تسليمه لا يمكن إلا بتغيير عين المبيع.

أما إذا رأى المبيع من وراء قارورة هو فيها، لم يكف بل هو بيع غائب؛ لأن المعرفة التامة لا تحصل به، وليس فيه صلاح له، بخلاف السمك يراه فى الماء الصافى مع سهولة أخذه، فإنه يصح بيعه كما سبق، وكذا الأرض يعلوها ماء صاف؛ لأن الماء من صلاحها.

وأما إذا لم يكن كذلك فلا يكفى رؤية البعض على قولنا ببطلان بيع الغائب.

وأما التفريع على القول الآخر فسيأتى إن شاء الله تعالى.

الثالث: قال أصحابنا: الرؤية فى كل شىء بحسب ما يليق به، ففى شراء الدار يشترط رؤية البيوت والسقوف والسطوح والجدران داخلا وخارجا، والمستحم والبالوعة، وفى البستان يشترط رؤية الجدران والأشجار والأرض ومسايل الماء، ولا يشترط رؤية أساس البنيان والبستان والدار، ولا عروق الأشجار ونحو ذلك.

وفى اشتراط رؤية طريق الدار والماء الذى يدور به الرحى وجهان:

أصحهما: الاشتراط لاختلاف الغرض به، قال أصحابنا: ويشترط فى العبد رؤية الوجه والأطراف ولا تجوز رؤية العورة، وفى باقى البدن وجهان:

أصحهما: الاشتراط، وبه قطع البغوى وأبو الحسن العبادى فى كتاب الرقم وفى الجارية أوجه:

أصحها: كالعبد.

والثانى: يشترط رؤية ما يبدو عند الخدمة والتصرف.

والثالث: يكفى رؤية الوجه والكفين وفى الأسنان واللسان وجهان:

الأصح: لا يشترط، وفى رؤية الشعر وجهان:

أصحهما: الاشتراط.

ويشترط فى الدواب رؤية مقدمها ومؤخرها وقوائمها ورفع السرج أو الإكاف والجل، وهل يشترط أن تجرى الفرس بين يديه ليعرف سيرها؟ فيه وجهان حكاهما الرويانى والرافعى:

الأصح: لا يشترط ويشترط فى الثوب المطوى نشره، هكذا أطلقه الأصحاب وقطعوا به.

قال إمام الحرمين: يحتمل عندى ألا يشترط النشر فى بيع الثوب(١) التى لا تنشر أصلا إلا عند العقد، لما فى نشرها من النقص والضرر.

ثم إذا نشرت الثياب فما كان منها صفيقا كالديباج المنقوش اشترط رؤية وجهيه، وكذا [يشترط](٢) رؤية وجهى البسط والزلالى.

وأما ما كان رفيعا كالكرباس فيكفى رؤية أحد وجهيه على أصح الوجهين.

قال أصحابنا: ولا يصح بيع الثياب التوزية فى المنسوج على هذا القول، وهى التوزية - بتاء مثناة فوق مفتوحة ثم واو مفتوحة مشددة ثم زاى - ويشترط فى شراء المصحف وكتب الحديث والفقه وغيرها تقليب الأوراق، ورؤية جميعها، وفى الورق البياض يشترط رؤية جميع الطاقات، وممن صرح به القاضى والرافعى والبغوى وغيرهم.

فرع: أما القفاع فقال أبو الحسن العبادى: يفتح رأسه فينظر فيه بقدر الإمكان ليصح بيعه.

وأطلق الغزالى فى الإحياء أنه يصح بيعه من غير اشتراط رؤية، وهذا هو الأصح؛ لأن بقاءه فى الكوز من مصالحه، ولأنه تشق رؤيته، ولأنه قدر يسير يتسامح به فى العادة، وليس فيه غرر يفوت به مقصود معتبر.

المسألة الثالثة: إذا جوزنا بيع الغائب فعليه فروع:

أحدها: إذا لم تشترط الرؤية اشترط ذكر الجنس والنوع، فيقول: بعتك عبدى التركى، وفرسى العربى، أو الأدهم أو ثوبى المروى، أو الحنطة الجبلية، أو السهلية ونحو ذلك، فلو أخل بالجنس والنوع فقال: بعتك ما فى كفى أو كمى أوخزانتى أو

---

(١) فى أ: الثياب.
(٢) سقط فى ط.

ميراثى من فلان، ولم يكن المشترى والبائع يعرف ذلك لم يصح البيع، هذا هو المذهب، وبه قطع المصنف والجمهور.

وفيه وجه: أنهما لا يشترطان، فيصح بيع ما فى الكم ونحوه، ووجه ثالث أنه يشترط ذكر الجنس دون النوع، فيقول: عبدى، وهذان الوجهان حكاهما الخراسانيون وهما شاذان ضعيفان.

وإذا ذكر الجنس والنوع ففى افتقاره مع ذلك إلى ذكر الصفات ثلاثة أوجه مشهورة، ذكرها المصنف بأدلتها:

أصحها عند الأصحاب: لا يفتقر، وهو المنصوص فى القديم والإملاء والصرف.

والثانى: يفتقر إلى ذكر معظم الصفات، وضبط الأصحاب ذلك بما يصف به المدعى عند القاضى.

والثالث: يفتقر إلى ذكر صفات السلم، وهذان الوجهان ضعيفان، والثالث أضعف من الثانى والثانى قول القاضى أبى حامد المروزى والثالث قول أبى على الطبرى، فعلى المنصوص لو كان له عبدان من نوع فباع أحدهما اشترط تمييزه بسن أو غيره؛ قال الماوردى: واتفق أصحابنا على أنه لا يشترط ذكر جميع الصفات، فإن وصفها بجميعها فوجهان:

أحدهما - وهو قول أصحابنا البغداديين - : يصح لأنه أبلغ فى نفى الغرر.

والثانى - وهو قول البصريين - : لا يصح لأنه يصير فى السلم، والسلم فى الأعيان لا يجوز، وهذا شاذ ضعيف.

فرع: قال الماوردى: إن كان المبيع مما لا ينقل كالدار والأرض اشترط ذكر البلد الذى هو فيه، فيقول بعتك دارا ببغداد، وفى اشتراط ذكر البقعة من البلد وجهان، وإن كان مما ينقل كالعبد والثوب اشترط ذكر البلد الذى هو فيه؛ لأن القبض يتعجل إن كان قريبا أو يؤجل إن كان بعيدا أو لا يشترط ذكر البقعة من البلد، وإذا ذكر البلد الذى فيه المبيع لزمه تسليمه فيه لا فى غيره، فإن شرط المشترى على البائع أن يسلمه فى بلد البيع وكان المبيع فى غيره فالبيع باطل بخلاف السلم؛ لأنه فى الذمة هذا كلام الماوردى، وحكاه الرافعى عن بعض الأصحاب وسكت عليه.

الثانى: إذا شرطنا الوصف فوصفه، فإن وجده دون ما وصف، فللمشترى الخيار

بلا خلاف، وإن وجده كما وصف فطريقان:

أحدهما: القطع بثبوت الخيار وبه قطع المصنف فى التنبيه وجماعة وهو المنصوص.

وأشهرهما: أنه على وجهين ذكرهما المصنف بدليلهما هنا.

أصحهما: ثبوته.

أما إذا قلنا: لا يشترط فللمشترى الخيار عند الرؤية، سواء كان شرط الخيار أم لا، هذا هو المذهب، وفيه وجه أنه لا يثبت إلا أن يكون شرطه والصحيح: الأول، وهل له الخيار قبل الرؤية حتى ينفذ فسخه وإجازته؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: ينفذان.

والثانى: لا ينفذ واحد منهما.

والثالث: وهو الصحيح ينفذ فسخه قبل الرؤية دون إجازته.

هذا كله فى المشترى.

وأما البائع ففيه ثلاثة أوجه.

أصحها: لا خيار له سواء كان رأى المبيع أم لا؛ لأن الخيار فى جانبه تعبد[1].

والثانى: له الخيار فى الحالين كالمشترى.

والثالث: له الخيار إن لم يكن رآه وبه قطع الشيخ أبو حامد ومتابعوه، وحيث قلنا: يثبت خيار الرؤية هل يكون على الفور؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهم: .

أصحهما: يمتد ما دام مجلس الرؤية، وهو قول أبى إسحاق المروزى.

والثانى: أنه على الفور، وبه قال أبو على بن أبى هريرة؛ قال الشيخ أبو محمد الجوينى فى كتابه السلسلة: هذان الوجهان مبنيان على وجهين فى ثبوت خيار المجلس فى بيع الغائب:

أحدهما: يثبت كما يثبت فى بيع العين الحاضرة.

والثانى: لا يثبت للاستغناء عنه بخيار الرؤية، فعلى الأول خيار الرؤية على الفور، لئلا يثبت خيار مجلسين فى وقت واحد، وعلى الثانى يمتد إلى انقضاء

---

(١) فى أ: بعيد.

المجلس، قال: والفرع مبنى على أصل آخر، وهو أنه إذا مات أحد العاقدين فى المجلس وقلنا بالمذهب والمنصوص أنه ينتقل الخيار إلى الوارث فإلى متى يمتد؟ فيه وجهان:

أحدهما: على الفور.

والثاني: ما دام الوارث فى مجلس خبر الموت، وقد سبقت المسألة واضحة.

الثالث: هل يجوز أن يوكل فى الرؤية من يفعل ما يستصوبه من فسخ أو إجازة؟ فيه وجهان مشهوران للخراسانيي:

أصحهما: يجوز كما يجوز التوكيل فى خيار الخلف والرد بالعيب.

والثاني: لا؛ لأنه خيار شهوة، ولا يتوقف على نقص ولا غرض، فلا يجوز التوكيل فيه، كمن أسلم على أكثر من أربع نسوة فإنه لا يصح توكيله فى الاختيار.

الرابع: إذا لم نشترط الرؤية فاختلفا فقال البائع للمشترى: أنت رأيت المبيع فلا خيار لك، فأنكر المشترى، فوجهان:

أصحهما: يصدق المشترى بيمينه.

والثاني: البائع، فإن شرطنا الرؤية فاختلفا فقال الغزالى فى الفتاوى: القول قول البائع؛ لأن إقدام المشترى على العقد اعتراف بصحته، قال الرافعى: فلا ينفك هذا عن خلاف، قلت: هذه المسألة هى مسألة اختلاف المتبايعين فى شرط يفسد العقد، وفيها القولان المشهوران، الأصح قول مدعى الصحة.

والثاني: قول مدعى الفساد، فيتعين جريان القولين فى مسألتنا ولعل الغزالى فرعها على الأصح.

فرع: لو رأى ثوبين فسرق أحدهما فاشترى الثانى ولا يعلم أيهما المسروق قال الغزالى فى الوسيط: إن تساوت قيمتهما وصفتهما وقدرهما كنصفى كرباس واحد صح البيع بلا خلاف، وإن اختلفا فى شىء من ذلك ففيه القولان فى بيع الغائب، وهذا الذى قاله حسن، ولا يقال: هذا بيع ثوب من ثوبين؛ لأن المبيع هنا واحد بعينه، ولكن ليس مرئيا حالة العقد، وقد سبقت رؤيته فاكتفى بها.

واعلم أن الشيخ أبا عمرو بن الصلاح - رحمه الله تعالى - اعترض على الغزالى فى هذا الفرع فقال: جزم بالصحة فيما إذا تساوت صفتهما وقدرهما وقيمتهما مع إجرائه الخلاف فى الصورة الثانية قال: والتحقيق يوجب إجراء الخلاف السابق فى

استقصاء الأوصاف فى صورة التساوى كما أجراه فى مسألة الأنموذج التى سنذكرها إن شاء الله تعالى؛ لأنه اعتمد مساواة غير المبيع للمبيع فى الصفة المعلق[١] به بالمشاهدة فهو كالأنموذج الذى ليس بمبيع، المساوى فى الصفة للمبيع ولا فرق، فإن ذكره التساوى فى القيمة اعتبار للقيمة مع الوصف ولا وجود لمثاله فى هذا الباب.

هذا كلام أبى عمرو، وهذان الاعتراضان اللذان ذكرهما فاسدان أما الأول: فليس هذا كمسألة الأنموذج؛ لأن المبيع غير الأنموذج ليس مرئيا ولا سبقت رؤيته، وهنا سبقت رؤية الثوبين.

وأما قوله: يجب إجراء الخلاف المذكور فى الثانية فى الأولى فالفرق أن الثوبين فى الثانية مختلفان، فيحصل الغرر بخلاف الأولى.

وأما الاعتراض الثانى فجوابه أنه قد تختلف القيمة مع اتحاد القدر والصفة فى نحو العبيد والجوارى فيحصل الغرر، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: هل يشترط الذوق فى الخل ونحوه على قولنا باشتراط الرؤية؟ وكذلك الشم فى المسك ونحوه واللبس فى الثياب ونحوها؟ فيه طريقان.

أصحهما - وبه قطع الأكثرون واقتضاه كلام الجمهور - : أنه لا يشترط، قال الرافعى: هو الصحيح المعروف.

والثانى - حكاه المتولى - : فيه وجهان:

أصحهما: هذا؛ لأن معظم المقصود يتعلق بالرؤية فلا يشترط غيرها.

والثانى: يشترط لأنه يقع فى هذا النوع اختلاف.

فرع: لو تلف المبيع فى يد المشترى قبل الرؤية على قولنا بجواز بيع الغائب ففى انفساخ البيع وجهان كنظيره فى خيار الشرط، وقد سبقت المسألة بفروعها فى مسائل خيار الشرط.

ولو باعه قبل الرؤية لم يصح بلا خلاف، بخلاف ما لو باعه فى زمن خيار الشرط فإنه يصح على أصح الوجهين كما سبق فى موضعه؛ لأنه يصير مجيزا للعقد، وهنا لا تصح الإجازة قبل الرؤية على الصحيح كما سبق، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) فى أ: المتعلق.

فرع: لو رأى بعض الثوب، وبعضه الآخر فى صندوق، فطريقان:

المذهب: وبه قطع الجمهور أنه على القولين فى بيع الغائب.

والثانى: باطل قطعا؛ لأن ما رآه لا خيار فيه، وما لم يره فيه الخيار، والجمع بين الخيار وعدمه فى عين واحدة ممتنع، والطريق الأول قول أبى إسحاق والثانى حكاه الماوردى عن كثير من البصريين وغيرهم.

ولو كان المبيع شيئين رأى أحدهما فقط، فإن أبطلنا بيع الغائب ففى صحة العقد فيهما القولان فيمن جمع فى صفقة واحدة مختلفى الحكم، كالبيع والإجارة؛ لأن ما رآه لا خيار فيه وما لم يره فيه الخيار، فإن صححناه، وهو الأصح فله الرد فيما لم يره وإمساك ما رآه.

المسألة الرابعة: إذا لم نجوز بيع الغائب فاشترى ما رآه قبل العقد ولم يره حال العقد فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون مما لا يتغير غالبا كالأرض والأوانى والحديد والنحاس ونحوها، أو كان لا يتغير فى المدة المتخللة بين العقد والرؤية، صح البيع على المذهب، ولا يجىء فيه الخلاف فى بيع الغائب هكذا قطع جماهير الأصحاب، وشذ الأنماطى فأبطل البيع، وهذا فاسد، ودليل الجميع فى الكتاب، قال الرويانى فى البحر: وقد ذكر أبو بكر البيهقى عن عبد العزيز بن مقلاص من تلامذة الشافعى أنه نقل عن الشافعى مثل قول الأنماطى، فإذا قلنا بالمذهب فوجده كما رآه أولا فلا خيار له بلا خلاف؛ لأنه ليس ببيع غائب، وإن وجده متغيرا فالمذهب الذى قطع به الأصحاب أن البيع صحيح، وله الخيار، وحكى الغزالى فى الوسيط أنه يتبين بطلان البيع لتبين ابتداء المعرفة حالة العقد والصواب: الأول.

قال إمام الحرمين: وليس المراد بتغييره حدوث عيب، فإن خيار العيب لا يختص بهذه الصورة، بل الرؤية بمنزلة الشرط فى الصفات الكائنة عن الرؤية فكل ما فات منها فهو كتبين الخلف فى الشرط فيثبت الخيار.

الحال الثانى: أن يكون المبيع مما يتغير فى ذلك المدة غالبا فإن رأى ما يسرع فساده من الأطعمة ثم اشتراه بعد مدة يتغير فيها فى العادة، فالبيع باطل لأنه بيع مجهول.

الثالث: أن يمضى على المبيع بعد الرؤية ما يحتمل أن يبقى فيه، ويحتمل ألا

يبقى، ويحتمل أن يتغير فيه، ويحتمل ألا يتغير أو كان حيوانا فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما:

أصحهما عنده وعند الأصحاب: صحة العقد، فعلى هذا إن وجده متغيرا فله الخيار، وإلا فلا.

والثانى: لا يصح قال المتولى: هو قول المزنى وأبى على بن أبى هريرة، وذكر الماوردى هذا الخلاف قولين، قال: الأول نصه فى كتاب البيوع، وبه قال أكثر الأصحاب والثانى أشار إليه فى كتاب الغصب، واختاره المزنى، والله سبحانه أعلم.

فرع: إذا اختلفا فى هذه الأحوال فى التغير فادعاه المشترى، وأنكره البائع، فوجهان:

الصحيح المنصوص، وبه قطع المصنف وكثيرون: أن القول قول المشترى بيمينه؛ لأن البائع يدعى عليه علمه بهذه الصفة، فلم يقبل كادعائه اطلاعه على العيب.

والثانى حكاه الخراسانيون عن صاحب التقريب: القول قول البائع بيمينه؛ لأن الأصل عدم التغير، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: قد ذكرنا أنه إذا سبقت رؤيته فله ثلاثة أحوال قال الماوردى: صورة المسألة أن يكون حال البيع متذكرا للأوصاف، فإن نسيها لطول المدة ونحوها فهو بيع غائب، وهذا الذى قاله غريب، ولم يتعرض له الجمهور.

فرع: لو رأى بعض المبيع دون البعض وهو مما يستدل برؤية بعضه على الباقى صح البيع بلا خلاف، قال أصحابنا: وذلك كصبرة الحنطة تكفى رؤية ظاهرها، ولا خيار له إذا رأى بعد ذلك باطنها، إلا إذا خالف ظاهرها، قال المتولى: وحكى أبو سهل الصعلوكى قولا شاذا أنه لا يكفى رؤية ظاهر الصبرة بل يشترط أن يقلبها ليعرف باطنها، والمذهب الأول، وبه قطع الأصحاب وتظاهرت عليه نصوص الشافعى.

قال أصحابنا: وفى معنى الحنطة والشعير صبرة الجوز واللوز والدقيق ونحوها، فلو رأى شيئا منها فى وعائه فرأى أعلاه أو رأى أعلى السمن والزيت والخل وسائر المائعات فى ظروفها، كفى ذلك وصح البيع، ولا يكون بيع غائب، ولو كانت الحنطة فى بيت مملوء منها فرأى بعضها من الكوة أو الباب كفى إن عرف سعة البيت

وعمقه، وإلا فلا، وكذا حكم الحمد فى المحمدة إن رأى أعلاه وعرف سعتها وعمقها صح البيع وإلا فلا.

قال أصحابنا: ولا يكفى رؤية صبرة السفرجل والرمان والبطيخ ونحو ذلك، بل يشترط رؤية كل واحد منها، قالوا: لا يكفى فى سلة العنب والتين والخوخ ونحو ذلك رؤية أعلاه لكثرة الاختلاف فيها بخلاف الحبوب.

أما الثمر فإن لم يلتزق بعض حباته ببعض فصبرته كصبرة اللوز والجوز فيصح بيعها، وإن التزقت كقوصرة التمر فوجهان حكاهما المتولى وآخرون:

الصحيح: الاكتفاء برؤية أعلاها.

والثانى: لا يكفى بل يكون بيع غائب وذكر الماوردى فيه طريقين من غير تفصيل اللازق وغيره:

أحدهما: على قول بيع الغائب.

أصحهما وهو قول جمهور الأصحاب: يصح قولا واحدا.

وأما القطن فى الأعدال فهل يكفى رؤية أعلاه؟ فيه خلاف حكاه الصيمرى، قال: والأشبه عندى أنه كقوصرة التمر، وهذا هو الصحيح.

فرع: إذا رأى أنموذجا من المبيع منفصلا عنه، وبنى أمر المبيع عليه - نظر: إن قال: بعتك من هذا النوع كذا وكذا، فالمبيع باطل؛ لأنه لم يعين مالا ولم يراع شروط السلم، ولا يقوم ذلك مقام الوصف فى السلم على الصحيح من الوجهين؛ لأن الوصف يرجع إليه عند النزاع بخلاف هذا. وإن قال: بعتك الحنطة التى فى هذا البيت، وهذا الأنموذج منها، فإن لم يدخل الأنموذج فى البيع فوجهان:

أصحهما: لا يصح البيع؛ لأن البيع[1] غير مرئى وإن أدخله صح على أصح الوجهين، كما لو رآه متصلا بالباقى.

وإن شئت جمعت الصورتين فقلت: فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: الصحة.

والثانى: البطلان.

وأصحها[2]: إن أدخل الأنموذج فى البيع صح، وإلا فلا، ثم صورة المسألة

---

(١) فى أ: المبيع.
(٢) فى أ: أصحهما.

مفروضة فى المتماثلات، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: إن اشترى الثوب المطوى وصححناه، فنشره واختار الفسخ، ولم يحسن طيه وكان لطيه مؤنة، قال القفال فى شرح التلخيص: وجبت م نة طيه على المشترى كما لو اشترى شيئا ونقله إلى بيته فوجد به عيبا، فإن مؤنة رده على المشترى.

فرع: قال أصحابنا: لا يصح بيع الشاة المذبوحة قبل السلخ بلا خلاف سواء جوزنا بيع الغائب أم لا، سواء باع الجلد واللحم معا أو أحدهما، ولا يجوز بيع الأكارع والرءوس قبل الإبانة، وفى الأكارع وجه شاذ: أنه يصح بيعها ويجوز بيعهما بعد الإبانة نيئة ومشوية، وكذا المبسوط نيئا ومشويا وفى النِّىء احتمال لإمام الحرمين من حيث إنه مستور بالجلد، والمذهب الصحة لأنه جلد مأكول كاللحم فأشبه المشوى.

فرع: إذا رأى فصا لم يعلم أنه جوهر أو زجاج فاشتراه، فوجهان حكاهما المتولى:

أحدهما: لا يصح البيع؛ لأن مقصود الرؤية انتفاء الغرر ولم يحصل.

وأصحهما: يصح لوجود العلم بعينه.

فرع: قال الرويانى: لو رأى أرضا وآجرا وطينا ثم بنى حماما فى تلك الأرض بذلك الآجر والطين، فاشترى الحمام ولم يره وهو حمام، فيحتمل أن يصح البيع؛ لأن أكثر ما تغير الصفات، وذلك لا يبطل البيع، ويحتمل ألا يصح؛ لأن الرؤية لم تحصل على العادة، قال: وهذا أصح، قال: وعلى هذا لو رأى رطبا ثم اشتراه تمرا لم يصح، قلت: هذا الاحتمال الثانى هو الصواب؛ لأن هذا غرز كبير تختلف به الأغراض، هذا إذا لم يصح بيع الغائب.

فرع: قال الرويانى: قال القفال: يصح لو رأى سخلة فصارت شاة أو صبيا فصار رجلا ولم يره بغير الرؤية الأولى ثم اشتراه، ففيه قولا بيع الغائب، وقال أبو حنيفة: يصح ولا خيار.

فرع: قال الماوردى: إذا جوزنا بيع الغائب فتبايعاه بشرطه، فهل العقد تام قبل الرؤية؟ فيه وجهان:

أحدهما - قاله أبو إسحاق المروزى - ليس تاما؛ لأن تمامه بالرضا به، وقبل الرؤية لا يحصل الرضا، فعلى هذا إن مات أحدهما بطل العقد ولم يقم وارثه مقامه؛

لأن العقد الذى ليس بلازم يبطل بالموت وكذا لو جن أحدهما أو حجر عليه بسفه بطل العقد، ولكل واحد منهما الفسخ قبل الرؤية.

والثانى - وهو قول أبى على بن أبى هريرة - : أن العقد تام، ولهما خيار المجلس ما لم يتفرقا، فإن مات أحدهما لم يبطل العقد، بل يقوم وارثه مقامه، وإن جن أو حجر عليه قام وليه مقامه وليس لأحدهما الفسخ قبل الرؤية، قال الماوردى: وثبوت الخيار عند الرؤية ينبنى على هذا الخلاف، فعند أبى إسحاق أن خيار المجلس عند الرؤية، ويدوم ما لم يفارق المجلس، قال: وله أن يشترط فى المجلس خيار الثلاث، وتأجيل الثمن والزيادة فيه والنقصان منه، وعند أبى على لا خيار له إلا بعيب وليس له شرط خيار الثلاث ولا تأجيل الثمن ولا الزيادة فيه ولا النقص منه.

فرع: قال الماوردى: بيع العين الغائبة بشرط نفى خيار الرؤية باطل بلا خلاف قال: فأما بيع الحاضر بشرط خيار الرؤية كثوب فى سفط أو مطوى، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه على القولين فى بيع الغائب؛ لأنه أبعد من الغرر.

والثانى: لا يصح قولا واحدا قال: وهو قول أكثر أصحابنا وإليه أشار أبو إسحاق وأبو على بن أبى هريرة؛ لأن الحاضر تمكن رؤيته، فلا ضرورة إلى بيعه بشرط خيار الرؤية بخلاف الغائب، هذا كلام الماوردى وذكر الرويانى مثله بحروفه إلا أنه ذكر فى بيع الغائب بشرط نفى خيار الرؤية وجها شاذا أنه يصح البيع، ويلغو الشرط تخريجا من الخلاف فى البيع بشرط البراءة من العيوب.

فرع: قال الماوردى: بيع الجزر والسلجم - وهو الذى يقال له فى دمشق اللفت - والبصل ونحوها فى الأرض قبل قلعها بشرط خيار الرؤية فيه طريقان:

أحدهما: على القولين فى بيع الغائب.

والثانى: لا يصح قولا واحدا، قال: وهو قول سائر أصحابنا، والفرق بينه وبين بيع الغائب من وجهين:

أحدهما: أن الغائب يمكن وصفه بخلاف هذا.

والثانى: أن الغائب إذا فسخ العقد فيه يرده المشترى كما كان بخلاف هذا.

فرع: إذا جوزنا بيع الغائب فاشترى ثوبا غائبا فحضر ونشر بعضه ونظر إليه، قال الرويانى: لا يبطل خياره حتى يرى جمعيه.

فرع: قال الروياني: لو كان المبيع مضبوطا بخبر ففى بيعه طريقان:

أحدهما: يصح.

والثاني: فيه القولان فى بيع الغائب.

فرع: قال أصحابنا: الاعتبار فى رؤية المبيع وعدمها بالعاقد، فإذا وكل من يشترى له عينا، فإن رآها الوكيل حال العقد أو قبله، واكتفينا بالرؤية السابقة، صح البيع قولا واحدا، سواء كان الموكل رآها أم لا، ولا خيار إذا رآها بعد العقد، وإن لم يرها الوكيل، ولكن رآها الموكل، فهو بيع غائب ففيه القولان:

فرع: قال أصحابنا: لو كان الثوب على منسج قد نسج بعضه، فباعه على أن ينسج البائع باقيه، لم يصح البيع بلا خلاف، ونص عليه الشافعى فى كتاب الصرف لعلتين.

فرع: إذا اشترى جبة محشوة، ورأى الجبة دون الحشو، صح البيع، كما يصح بيع الدار وإن لم ير أساسها، وقد نقل المازرى المالكى وغيره الإجماع على صحة بيع الجبة، وقد ذكرناه فى أول هذا الباب.

فرع: فى مذاهب العلماء فى بيع العين الغائبة.

قد ذكرنا أن أصح القولين فى مذهبنا بطلانه، وبه قال الحكم وحماد، وقال مالك وأبو حنيفة[١] وأحمد [٢] وابن المنذر وجمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن

---

(١) قال فى الهداية مع العناية (٦/ ٣٣٥): (ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز، وله الخيار إذا رآه، إن شاء أخذه) بجميع الثمن (وإن شاء رده)

وقال الشافعي : لا يصح العقد أصلا؛ لأن المبيع مجهول . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه؛ ولأن الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة، لأنه لو لم يوافقه يرده، فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار إليه .

وكذا إذا قال رضيت ثم رآه له أن يرده؛ لأن الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها، وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم أنه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث، ولأن الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت .

قال : (ومن باع ما لم يره فلا خيار له) وكان أبو حنيفة يقول : أولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا؛ لأن لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك إلا بالعلم بأوصاف المبيع، وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال . ووجه القول المرجوع إليه أنه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه . وروي أن عثمان بن عفان باع أرضا له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة : إنك قد غبنت، فقال : لي =

بعدهم: يصح، نقله البغوى وغيره عن أكثر العلماء، قال ابن المنذر: فيه ثلاثة مذاهب: مذهب الشافعى أنه لا يصح.

والثانى: يصح البيع إذا وصفه، وللمشترى الخيار، إذا رآه، سواء كان على تلك الصفة أم لا، وهو قول الشعبى والحسن والنخعى والثورى وأبى حنيفة وغيره من أهل الرأى.

والثالث: يصح البيع، وللمشترى الخيار، إن كان على غير ما وصف، وإلا فلا خيار، قاله ابن سيرين وأيوب السختيانى ومالك وعبيد الله بن الحسن وأحمد وأبو ثور وابن نصر، قال ابن المنذر: وبه أقول.

واحتج لمن صححه بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وهذا على عمومه إلا بيعا منعه كتاب أو سنة أو إجماع، وبحديث أبى بكر بن عبد الله بن أبى مريم عن مكحول عن النبى ﷺ قال: «من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه»[١]، وبحديث عمر بن إبراهيم بن خالد عن وهب البكرى[٢] عن محمد بن سيرين عن أبى هريرة عن النبى ﷺ قال: «من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه» وبحديث عثمان وطلحة المذكور فى الكتاب وقد سبق بيانه..

قالوا: وقياسا على النكاح فإنه لا يشترط رؤية الزوجين بالإجماع وقياسا على بيع

= الخيار؛ لأني اشتريت ما لم أره. وقيل لعثمان: إنك قد غبنت، فقال: لي الخيار؛ لأني بعت ما لم أره. فحكما بينهما جبير بن مطعم. فقضى بالخيار لطلحة، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم.

(٢) قال فى الإنصاف (٤/ ٢٩٧): فإن ذكر له من صفته ما لا يكفي في السلم: لم يصح البيع. على الصحيح من المذهب.
وإن ذكر له من صفته ما يكفي في السلم، أو رآه، ثم عقدا بعد ذلك بزمن لا يتغير فيه ظاهرا: صح في أصح الروايتين. وهو المذهب، وعليه الأصحاب. والرواية الأخرى: لا يصح حتى يراه.

(١) أخرجه الدارقطنى (٣/ ٤)، والبيهقى (٥/ ٢٦٨)، وقال: هذا مرسل وأبو بكر بن أبى مريم ضعيف، قاله لى أبو بكر بن الحارث وغيره على بن عمر الدارقطنى الحافظ وروى عن آخر عن النبى ﷺ ولا يصح.

(٢) أخرجه الدارقطنى (٣/ ٤ - ٥)، وقال: عمر بن إبراهيم يقال الكردى يضع الأحاديث وهذا باطل لا يصح لم يروها غيره وإنما يروى عن أن سيرين موقوفًا من قوله.
والبيهقى فى الكبرى (٥/ ٢٦٨).

الرمان والجوز واللوز فى قشره الأسفل، وقياسا على ما لو رآه قبل العقد، واحتج الأصحاب بحديث أبى هريرة وابن عمر أن النبى ﷺ «نهى عن بيع الغرر»[١] رواهما مسلم، وهذا غرر ظاهر فأشبه بيع المعدوم الموصوف، كحبل الحبلة وغيره، وبحديث: «لا تبع ما ليس عندك» وسبق بيانه، وقياسا على من باع النوى فى التمر.

وأما الجواب عن احتجاجهم بالآية الكريمة فهى عامة مخصوصة بحديث النهى عن بيع الغرر.

والجواب عن حديث مكحول: فهو أنه حديث ضعيف باتفاق المحدثين وضعفه من وجهين:

أحدهما: أنه مرسل لأن مكحولا تابعى.

والثانى: أن أحد رواته ضعيف، فإن أبا بكر بن أبى مريم المذكور ضعيف باتفاق المحدثين، وكذا الجواب عن حديث أبى هريرة فإنه أيضا ضعيف باتفاقهم وعمر بن إبراهيم بن خالد مشهور بالضعف ووضع الحديث.

وممن روى هذين الحديثين وضعفهما الدارقطنى والبيهقى، قال الدارقطنى: أبو بكر بن أبى مريم ضعيف، وعمر بن إبراهيم يضع الحديث قال: وهذا حديث باطل لم يروه غيره، وإنما يروى هذا عن ابن سيرين من قوله.

والجواب عن قصة عثمان وطلحة وجبير بن مطعم: أنه لم ينتشر ذلك فى الصحابة رضى الله عنهم، والصحيح عندنا أن قول الصحابة ليس بحجة إلا أن ينتشر من غير مخالفة.

والجواب عن قياسهم على النكاح: أن المعقود عليه هناك استباحة الاستمتاع ولا يمكن رؤيتها، ولأن الحاجة تدعو إلى ترك الرؤية هناك لمشقتها غالبا.

والجواب عن قياسهم على الرمان والجوز: أن ظاهرهما يقوم مقام باطنهما فى الرؤية، كصبرة الحنطة، ولأن فى استتار باطنها مصلحة لها كأساس الدار بخلاف بيع الغائب.

والجواب عن قياسهم على ما لو رآه قبل العقد: أن المبيع هناك يكون معلوما للمشترى حال العقد، وبخلاف مسألتنا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) تقدم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن باع الأعمى أو اشترى شيئا لم يره.

فإن قلنا: إن بيع ما لم يره البصير لا يصح، لم يصح بيع الأعمى وشراؤه.

وإن قلنا: يصح ففى بيع الأعمى وشرائه وجهان:

أحدهما: يصح، كما يصح من البصير فيما لم يره، ويستنيب فى القبض والخيار كما يستنيب فى شرط الخيار.

والثانى: لا يصح لأن بيع ما لم يره يتم بالرؤية وذلك لا يوجد فى حق الأعمى، ولا يمكنه أن يوكل فى الخيار لأنه خيار ثبت بالشرع، فلا تجوز الاستنابة فيه كخيار المجلس بخلاف خيار الشرط.

الشرح: قال أصحابنا: المذهب بطلان بيع الأعمى وشرائه وهذا مختصره وتفصيله أنه إن لم نجوز بيع الغائب وشراءه لم يصح بيع الأعمى ولا شراؤه، وإن جوزناه فوجهان:

أصحهما: لا يجوز أيضا لأنه لا طريق له إلى رؤيته فيكون كبيع الغائب على أن لا خيار.

والثانى: يجوز، فيقام وصف غيره له مقام رؤيته، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد، فإن صححناه قال المتولى وغيره: يثبت له الخيار عند وصف السلعة له، ويكون الوصف بعد العقد كرؤية البصير.

فإن قلنا: لا يصح بيعه وشراؤه لم تصح أيضا إجارته ورهنه وهبته، وفى مكاتبته عبده وجهان حكاهما المتولى وآخرون:

أصحهما: جوازه، صححه المتولى تغليبا للعتق.

والثانى: لا يجوز، وبه قطع البغوى، ويجوز أن يؤجر نفسه، وللعبد الأعمى أن يشترى نفسه، وأن يقبل الكتابة على نفسه لعلمه بنفسه، ويجوز أن يتزوج بلا خلاف.

وفى ثبوت ولايته فى النكاح وجهان مشهوران:

أحدهما: لا يصح تزويجه.

وأصحهما: يصح فعلى هذا إذا زوج وكان الصداق مالا معيبا لم يثبت المسمى، بل يجب مهر المثل وكذا لو جامع على مال معين.

أما إذا أسلم فى شىء أو أسلم إليه: فإن كان عمى بعد بلوغه سن التمييز صح

السلم بلا خلاف؛ لأنه يعرف الأوصاف ثم يوكل من يقبض عنه، ولا يصح قبضه بنفسه على أصح الوجهين؛ لأنه لا تمييز له بين المستحق وغيره، فإن خلق أعمى أو أعمى قبل التمييز فوجهان:

أحدهما لا يصح، وهو الأصح عند المتولى.

وأصحهما عند العراقيين والجمهور من غيرهم: الصحة، وهو المنصوص أو ظاهر النص؛ لأنه يعرف بالسماع، فعلى هذا إنما يصح إذا كان رأس المال موصوفا، وعين فى المجلس، فإن كان معينا فى العقد فهو كبيعه العين والمذهب بطلانه.

قال أصحابنا: وكل ما لا يصح من الأعمى من التصرفات فطريقه أن يوكل وتحتمل صحة وكالته للضرورة، وهذه المسألة مما ينكر على المصنف فى باب الوكالة من المهذب والتنبيه، حيث قال: من لا يجوز تصرفه فيما يوكل فيه لا يجوز توكيله، فالأعمى لا يصح بيعه وشراؤه ونحوهما على المذهب ويجوز توكيله فى ذلك بلا خلاف كما ذكرناه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: لو كان الأعمى رأى شيئا لا يتغير صح بيعه وشراؤه إياه إذا صححنا ذلك من البصير، وهو المذهب كما سبق، والله سبحانه أعلم.

فرع: إذا ملك الأعمى شيئا بالسلم أو الشراء حيث صححناه، لم يصح قبضه ذلك بنفسه، بل يوكل بصيرا يقبضه له بتلك الأوصاف، فلو قبضه الأعمى لم يعتد به، قال المتولى: ولو اشترى البصير شيئا ثم عمى قبل قبضه، وقلنا: لا يصح شراء الأعمى فهل ينفسخ هذا البيع؟ فيه وجهان كما إذا اشترى الكافر كافرا فأسلم العبد قبل القبض، قلت: الأصح لا يبطل.

فرع: الأعمى يخالف البصير فى مسائل كثيرة:

إحداها: لا يجتهد فى الأوانى والثياب فى قول.

الثانية: يكره أن يكون مؤذنا راتبا إلا مع بصير، كابن أم مكتوم مع بلال.

الثالثة: لا يجتهد فى القبلة.

الرابعة: لا جمعة عليه إذا لم يجد قائدا.

الخامسة: البصير أولى منه بغسل الميت.

السادسة: لا حج عليه إذا لم يجد قائدا.

السابعة: تكره ذكاته كراهة تنزيه بلا خلاف ولا يحل صيده بإرساله كلبا أو سهما

فى أصح الوجهين.

الثامنة: لا يصح بيعه وشراؤه وإجارته ورهنه وهبته ومساقاته ونحوها من المعاملات على المذهب الصحيح.

[**التاسعة:** لا يكون محرمًا فى المسافرة بقريبته].

العاشرة: لا يجوز كونه وصيا فى وجه.

والحادية عشرة: لا تجوز مكاتبته عبده فى أحد الوجهين.

الثانية عشرة: لا يكون وليا فى النكاح فى وجه.

الثالثة عشرة: لا يجزئ فى الكفارة.

الرابعة عشرة: لا تؤخذ عين البصير بعينه.

الخامسة عشرة: لا يكون سلطانا.

السادسة عشرة: لا جهاد عليه.

السابعة عشرة: لا يكون قاضيا.

الثامنة عشرة: لا تقبل شهادته إلا فيما تحمله قبل العمى أو بالاستفاضة أو على من تعلق به.

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا رأى بعض المبيع دون بعض - نظرت فإن كان مما لا يختلف أجزاؤه كالصبرة من الطعام، والجرة من الدبس - جاز بيعه؛ لأن برؤية البعض يزول غرر الجهالة لأن الظاهر أن الباطن كالظاهر، وإن كان مما يختلف نظرت فإن كان مما يشق رؤية باقيه كالجوز فى القشر الأسفل جاز بيعه؛ لأن رؤية الباطن تشق فسقط اعتبارها كرؤية أساس الحيطان، وإن لم تشق رؤية الباقى كالثوب المطوى، ففيه طريقان:

من أصحابنا من قال: فيه قولان كبيع ما لم ير شيئا منه.

ومنهم من قال: يبطل البيع قولا واحدا لأن ما رآه لا خيار فيه، وما [لم يره][1] فيه الخيار وذلك لا يجوز فى عين واحدة.

الشرح: هذا الفصل سبق بيانه[2] قريبا فى الفروع السابقة، والله سبحانه أعلم.

---

(١) فى أ: رآه.

(٢) فى أ: شرحه.

قال المصنف رحمه الله تعالى: واختلف أصحابنا فى بيع الباقلاء فى قشره؛ فقال أبو سعيد الإصطخرى: يجوز لأنه يباع فى جميع البلدان من غير إنكار، ومنهم من قال: لا يجوز وهو المنصوص فى الأم؛ لأن الحب قد يكون صغارا، وقد يكون كبارا وقد يكون فى بيوته ما لا شىء فيه، وقد يكون فيه حب متغير، وذلك غرر من غير حاجة، فلم يجز.

واختلفوا أيضا فى بيع نافجة المسك فقال أبو العباس: يجوز بيعها؛ لأن النافجة فيها صلاح للمسك؛ لأن بقاءه فيها أكثر، فجاز بيعه فيها، كالجوز فى القشر الأسفل، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز، وهو ظاهر النص؛ لأنه مجهول القدر، مجهول الصفة، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز واختلفوا فى بيع الطلع فى قشره، فقال أبو إسحاق: لا يجوز بيعه؛ لأن المقصود مستور بما لا يدخر فيه، فلم يصح بيعه كالثمر فى الجراب وقال أبو على بن أبى هريرة: يجوز لأنه مستور بما يؤكل معه من القشر، فجاز بيعه فيه كالقثاء والخيار.

واختلف قوله فى بيع الحنطة فى سنبلها فقال فى القديم: يجوز، لما روى أنس: «أَنَّ النَّبِى ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْعِنَبِ حَتَّى يَسْوَدَّ، وَعَنْ بَيْعِ الْحَبِّ حَتَّى يَشْتَدَّ».

وقال فى الجديد: لا يجوز لأنه لا يعلم قدر ما فيها من الحب ولا صفة الحب، وذلك غرر لا تدعو الحاجة إليه فلم يجز.

الشرح: حديث أنس [1] رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه وآخرون بأسانيد صحيحة، قال الترمذى: هو حديث حسن، وفى الباقلا لغتان سبقتا فى أول كتاب الطهارة التخفيف مع المد، والتشديد مع القصر.

وقوله: «غرر من غير حاجة» احتراز من أساس الدار ومن السلم، ونافجة المسك

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٢٢١، ٢٥٠)، وأبو داود (٣/ ٦٦٨) كتاب: البيوع، باب: فى بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، الحديث (٣٣٧١)، والترمذى (٣/ ٥٣٠)، وباب: كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها، الحديث (١٢٢٨)، وابن ماجه (٢/ ٧٤٧) كتاب: التجارات، باب: النهى عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، الحديث (٢٢١٧)، والحاكم (٢/ ١٩)، والبيهقى (٥/ ٣٠١) كتاب: البيوع، باب: الوقت الذى يحل فيه بيع الثمار، من حديث أنس: «أن النبى ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود، وعن بيع الحب حتى يشتد».

وقال الترمذى: حديث حسن.

وقال الحاكم: صحيح عل شرط مسلم. ووافقه الذهبى.

- بالنون والفاء والجيم - وهى ظرفه الذى يكون فيه من أصله، والجراب - بكسر الجيم وفتحها - الكسر أفصح والقثاء - بكسر القاف وضمها - الكسر أفصح، وهو ممدود.

أما الأحكام ففيها مسائل:

إحداها: يجوز بيع الباقلا فى القشر الأسفل بلا خلاف، وسواء كان أخضر أو يابسا وأما بيعه فى قشرة الأعلى والأسفل: فإن كان يابسا لم يجز على قولنا بمنع بيع الغائب، فإن جوزناه جاز، وهكذا صرح به إمام الحرمين والبغوى والجمهور.

وحكى المتولى وجها أنه يصح إن منعنا بيع الغائب، وهذا شاذ ضعيف؛ لأنه مستور بما لا يحتاج إلى بقائه فيه، ولا حاجة إلى شرائه كذلك.

وإن كان رطبا ففيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما:

أحدهما وهو قول الإصطخرى: يجوز، وادعى إمام الحرمين والغزالى أن الأصح صحته؛ لأن الشافعى رضى الله عنه أمر أن يشترى له الباقلا الرطب.

والثانى: لا يجوز، وهو المنصوص فى الأم كما ذكره المصنف والأصحاب وهذا هو الأصح عند البغوى وآخرين وقطع به المصنف فى التنبيه.

الثانية: فى بيع طلع النخل مع قشره وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما.

أصحهما: جوازه وهو قول أبى على بن أبى هريرة.

الثالثة: المسك طاهر، ويجوز بيعه بلا خلاف، وهو إجماع المسلمين، نقل جماعة فيه الإجماع، ونقل صاحب الشامل وآخرون عن بعض الناس أنه نجس لا يجوز بيعه، قال الماوردى: هو قول الشيعة، قالوا: لأنه دم ولأنه منفصل من حيوان حى، وما أبين من حى فهو ميت، وهذا المذهب خلط صريح وجهالة فاحشة، ولولا خوف الاغترار به لما تجاسرت على حكايته، وقد تظاهرت الأحاديث الصحيحة عن عائشة وغيرها من الصحابة أنهم رأوا وبيص المسك فى مفارق رسول الله ﷺ وانعقد إجماع المسلمين على طهارته وجواز بيعه.

وأما قوله: إنه دم فلا يسلم ولو سلم لم يلزم منه نجاسته فإنه دم غير مسفوح كالكبد والطحال.

وأما قوله: منفصل من حيوان حى فأجاب الأصحاب عنه بجوابين:

أحدهما: أن الظبية تلقيه كما تلقى الولد، وكما يلقى الطائر البيضة، فيكون طاهرا

كولد الحيوان المأكول وبيضه، ولأنه لو كان من حيوان لا يؤكل لم يلزم من ذلك نجاسته، فإن العسل من حيوان لا يؤكل وهو طاهر حلال بلا شك.

والجواب الثانى: أن هذا قياس منابذ للسنة، فلا يلتفت إليه والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما بيع المسك فى فأرته، وهى نافجته ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يجوز مطلقا، قاله ابن سريج لما ذكره المصنف.

والثانى: إن كانت مفتوحة وشاهد المسك فيها ولم يتفاوت ثمنها صح البيع وإلا فلا، وبه قطع المتولى وصاحب البيان.

والثالث: وهو الصحيح: لا يصح بيعه فيها مطلقا، سواء بيع معها أو دونها، مفتوحة وغير مفتوحة، كما لا يصح بيع اللحم فى الجلد، وهذا هو المنصوص، ولو رأى المسك خارج الفأرة ثم رده إليه وباعه فيها وهى مفتوحة الرأس صح البيع قطعا، وإن كانت غير مفتوحة فقد قالوا: فيه القولان فى بيع الغائب، وهذا محمول على أنه مضى عليه زمن يتغير فيه غالبا، وإلا فيصح قولا واحدا لأنه قد رآه، قال أصحابنا: ولو باع المسك المخلوط بغيره لم يصح قولا واحدا؛ لأن المقصود مجهول كما لا يصح بيع اللبن المخلوط بالماء، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: قال الماوردى: وأما الزباد فهو لبن سنور، يكون فى البحر، قال: ولأصحابنا فى جواز بيعه وجهان، إذا قلنا بنجاسة ما لا يؤكل لحمه:

أحدهما: أنه نجس، لا يجوز بيعه.

والثانى: طاهر ويجوز بيعه كالمسك، هذا كلام الماوردى، والصواب طهارته وصحة بيعه؛ لأن الصحيح حل لحم كل حيوان البحر، وحل لبنه كما سبق فى بابه، وقد سبقت هذه المسألة فى باب إزالة النجاسة.

فرع: قال أصحابنا: لا يجوز بيع اللبن والخل ونحوهما إذا كان مخلوطا بالماء؛ لأن المقصود مجهول.

فرع: اتفق أصحابنا على أنه لو باع المسك المختلط بغيره لم يصح؛ لأن المقصود مجهول، كما لا يصح بيع اللبن المختلط بالماء، والمراد إذا خالط المسك غيره لا على وجه التركيب، فإن كان معجونا مع غيره كالغالية والند[1] جاز بيعه،

(١) فى أ: والذى.

ولم يجز السلم فيه.

فرع: اتفق أصحابنا على أنه لا يجوز بيع تراب المعدن قبل تصفيته.

وتمييز الذهب والفضة منه، وكذا تراب الصاغة، سواء باعه بذهب أم بفضة أم بغيرهما، هذا مذهبنا، وقال الحسن والنخعى وربيعة والليث: يجوز بيع تراب الفضة بالذهب، وبيع تراب الذهب بالفضة، وقال مالك: يجوز بيع تراب المعدن بما يخالفه بالوزن إن كان ذهبا ووافقنا أنه لا يجوز بيع تراب الصاغة بحال، دليلنا أن المقصود مستور بما لا مصلحة له فيه فى العادة، فلم يصح بيعه فيه كبيع اللحم فى الجلد بعد الذبح، وقبل السلخ.

المسألة الرابعة: قال أصحابنا: يشترط ظهور المقصود فى بيع الثمرة والزرع ونحو ذلك، فإذا باع ثمرة لا كمام لها كالتين والعنب والكمثرى والمشمش والخوخ والإجاص ونحو ذلك صح البيع بالإجماع، سواء باعها على الأرض أو على الشجر، لكن يشترط فى بيعها على الشجر كونه بعد بدو الصلاح، أو يشترط القطع، قال أصحابنا: ولو باع الشعير أو الذرة أو السلت مع سنبله جاز قبل الحصاد.وبعده بلا خلاف؛ لأن حابته[1] ظاهرة ولو كان للثمر والحب كمام لا يزال إلا عند الأكل كالرمان ونحوه والعلس، جاز بيعه فى كمامه أيضا بلا خلاق.

وأما ماله كمامان يزال أحدهما ويبقى الآخر إلى وقت الأكل كالجوز واللوز والرانج فيجوز بيعه فى القشر الأسفل بلا خلاف، ولا يجوز فى القشر الأعلى، لا على الأرض، ولا على الشجر، لا رطبا ولا يابسا، وفى قول ضعيف حكاه الخراسانيون يجوز ما دام رطبا والمذهب البطلان مطلقا.

أما ما لا يرى حبه فى سنبله كالحنطة والعدس والحمص والسمسم والحبة السوداء فما دام فى سنبله لا يجوز بيعه منفردا عن سنبله بلا خلاف، كما لا يجوز بيع تراب الصاغة والمعدن، قال أصحابنا: ولو باع الحنطة لم يصح بلا خلاف لما ذكرناه.

أما إذا باع هذا النوع مع سنبله فقولان مشهوران، ذكرهما المصنف بدليلهما:

الأصح الجديد: لا يصح بيعه، والقديم: صحته.

---

(١) فى أ: حباته.

وفى الأرز طريقان.

المذهب: صحة بيعه فى سنبله كالشعير، ولأنه يدخر فى قشره فأشبه العلس وبهذا الطريق قال ابن القاص وأبو على الطبرى والأكثرون، وصححه القاضى أبو الطيب وصاحب الشامل والرافعى.

والثانى: فيه القولان كالحنطة، قاله الشيخ أبو حامد والله تعالى أعلم.

فرع: لا يجوز بيع الجزر والثوم والبصل والفجل والسلق فى الأرض لأن المقصود مستور، ويجوز بيع أوراقها الظاهرة بشرط القطع، ويجوز بيع القنبيط فى الأرض لظهوره، وكذا نوع من الشلجم يكون ظاهرا، وهو بالشين المعجمة والجيم - والقنبيط بضم القاف وفتح النون المشددة - كذا هو فى صحاح الجوهرى وغيره، وقد سبقت هذه المسألة قريبا.

فرع: قال أصحابنا: يجوز بيع اللوز فى الأعلى قبل انعقاد الأسفل؛ لأنه مأكول كله كالتفاح.

فرع: حيث قلنا ببطلان البيع فى هذه الصورة السابقة فهل هو تفريع على بطلان بيع الغائب؟ فيه طريقان سبقا عن حكاية الماوردى:

أحدهما وبه قطع إمام الحرمين: هو مفرع عليه، فإن جوزنا بيع الغائب صح البيع فى كل هذه الصور.

والطريق الثانى وبه قطع البغوى فى بيع الجزر ونحوه: ليس هو مفرعا عليه، بل هو باطل على القولين؛ لأن فى بيع الغائب يمكن رد المبيع بعد العقد بصفته، وهنا لا يمكن، وهذا الطريق هو الأصح، وقد سبق عن الماوردى أنه نقله عن جمهور أصحابنا، وسبق إيضاح الفرق.

فرع: إذا قلنا بالبطلان فى هذه الصور فباع الجوز مثلا فى قشره الأعلى مع الشجر، أو باع الحنطة فى سنبلها مع الأرض فطريقان:

أحدهما: يبطل البيع فى الجوز والحنطة، وفى بطلانه فى الشجر والأرض قولا تفريق الصفقة.

وأصحهما: القطع بالبطلان فى الجميع، للجهل بأحد المقصودين، وتعذر التوزيع، ولو باع أرضا مبذورة مع البذر فوجهان مشهوران، وقد ذكرهما المصنف فى باب بيع الأصول والثمار:

أحدهما: يصح فى الأرض وفى البذر تبعا لها.

والثانى: وهو الصحيح باتفاق الأصحاب: بطلان البيع فى البذر، ثم فى الأرض الطريقان، قال الرافعى: ومن قال بالصحة لا يقول بالتوزيع، بل يوجب جميع الثمن بناء على قولنا بالضعيف فى تفريق الصفقة أنه يأخذ بجميع الثمن، والله سبحانه أعلم.

فرع: ثبتت الأحاديث الصحيحة أن رسول الله ﷺ: «نَهَى عَنِ الْمُحَاقَلَةِ» قال العلماء: المحاقلة بيع الحنطة فى سنبلها بكيل معلوم من الحنطة، واتفق العلماء على بطلانها، وله علتان مع الحديث إحداهما: أنه بيع حنطة وتبن بحنطة، وذلك ربا.

والثانية: أنه بيع حنطة فى سنبلها فلو باع شعيرا فى سنبله بحنطة خالصة صافية وتقابضا فى المجلس جاز بلا خلاف، ولو باع زرعا قبل ظهور حبه بحب من جنسه صح البيع بلا خلاف؛ لأن الحشيش ليس ربويا.

فرع: فى مذاهب العلماء فى بيع الحنطة فى سنبلها، ذكرنا أن الصحيح فى مذهبنا بطلانه، وقال مالك(١) وأبو حنيفة(٢) وأحمد(٣): يصح، دليلنا ما ذكره المصنف.

---

(١) قال فى مواهب الجليل (٤/ ٢٨٠): يجوز بيع الحنطة في سنبلها سواء كان السنبل قائما لم يحصد أو حصد، ويجوز بيعها في تبنها بعد الحصاد، والدراس إن كان ذلك بكيل كأن يشتري منه كل قفيز بكذا، وهذا ظاهر إن اشترى من المجموع كيلا معلوما، وأما إن اشترى المجموع فيأتي الخلاف الذي في الصبرة لكن المشهور الجواز.

قال في المنتقى : أنه لا يجوز أن تنفرد الحنطة في سنبلها بالشراء دون السنبل على الجزاف ما دام فيه، وأما شراء السنبل إذا يبس، ولم ينفعه الماء فجائز ا هـ.

(٢) قال فى الهداية مع العناية (٦/ ٢٩٣): (ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشره) وكذا الأرز والسمسم . وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر، وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الأول عنده . وله في بيع السنبلة قولان، وعندنا يجوز ذلك كله . له أن المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فأشبه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه . ولنا ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام «أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهو، وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة»؛ ولأنه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما، بخلاف تراب الصاغة؛ لأنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا، حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز، وفي مسألتنا لو باعه بجنسه لا يجوز أيضا لشبهة الربا؛ لأنه لا يدري قدر ما في السنابل .

(٣) قال فى الإنصاف (٥/ ٢٨): قوله (ولا يجوز بيع المحاقلة . وهو بيع الحب في سنبله بجنسه) . أطلق المصنف قوله « الحب في سنبله » وأطلق أيضا جماعة . منهم صاحب الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والتلخيص، والنظم، والرعاية =

فرع: فى مذاهبهم فى بيع الجزر والبصل والثوم والشلجم والفجل وهو غائب فى منبته، قد ذكرنا أن مذهبنا المشهور بطلان بيعه، وحكاه ابن المنذر عن الشافعى وأحمد، قال: وأجازه مالك والأوزاعى وإسحاق، قال ابن المنذر: وببطلانه أقول؛ لأنه غرر.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ولا يجوز بيع مجهول القدر، فإن قال: بعتك بعض هذه الصبرة لم يصح البيع لحديث أبى هريرة رضى الله عنه: أن النبى ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ»، وفى بيع البعض غرر؛ لأنه يقع على القليل والكثير، ولأنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بقدر المبيع كالمسلم، وإن قال: بعتك هذه الصبرة، جاز وإن لم يعرف قفزانها، وإن قال: بعتك هذه الدار أو هذا الثوب جاز، وإن لم يعرف ذرعانهما لأن غرر الجهالة ينتفى عنهما بالمشاهدة قال الشافعى رحمه الله: وأكره بيع الصبرة جزافا لأنه يجهل قدرها على الحقية، وإن قال: بعتك ثلثها أو ربعها، أو بعتك إلا ثلثها أو ربعها جاز؛ لأن من عرف الشىء عرف ثلثه أو ربعه، وما يبقى بعدهما، وإن قال: بعتك هذه الصبرة إلا قفيزا منها أو هذه الدار، أو هذا الثوب إلا ذراعا منه - نظرت: فإن علما مبلغ قفزان الصبرة وذرعان الدار والثوب جاز؛ لأن المبيع معلوم، وإن لم يعلما ذلك لم يجز، لما روى جابر: «أَنَّ النَّبِى ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثُّنْيَا»، ولأن المبيع هو الباقى بعد القفيز والذراع، وذلك مجهول.

وإن قال: بعتك عشرة أقفزة من هذه الصبرة جاز؛ لأنها معلومة القدر والصفة، فإن اختلفا فقال البائع: أعطيك من أسفلها، وقال المشترى: من أعلاها فالخيار إلى البائع فمن أى موضع أعطاه جاز لأنه أعطاه من الصبرة، وإن قال: بعتك عشرة أذرع من هذه الدار، أو عشرة أذرع من هذا الثوب، فإن كانا يعلمان مبلغ ذرعان الدار والثوب، وأنها مائة ذراع صح البيع فى عشرها لأن العشرة من المائة عشرها، فلا فرق بين أن يقول بعتك عشرها، وبين أن يقول بعتك عشرة من مائة ذراع منها، وإن لم يعلما مبلغ ذرعان الدار والثوب لم يصح؛ لأنه إن جعل البيع فى عشرة أذرع مشاعة لم يعرف قدر المبيع أنه عشرها أو ثلثها أو سدسها.

= الصغرى، والحاويين، والشرح، وإدراك الغاية، وغيرهم . والصحيح من المذهب : أن بيع المحاقلة : هو بيع الحب المشتد في سنبله . فلا بد أن يكون مشتدا . جزم به في المحرر، والمنور، والرعاية الكبرى . وقدمه في الفروع . وقال : ولم يقيده جماعة .

وإن جعل البيع فى عشرة أذرع من موضع بعينه لم يعرف صفة المبيع، فإن أجزاء الثوب والدار تختلف، وقد يكون بعضها أجود من بعض، وإن قال: بعتك عشرة أذرع ابتداؤها من هذا المكان، ولم يبين المنتهى، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح؛ لأن أجزاء المبيع مختلفة، وقد ينتهى إلى موضع يخالف موضع الابتداء.

والثانى: أنه يصح لأنه يشاهد السمت، وإن بين الابتداء والانتهاء صح فى الدار.

وأما فى الثوب فإنه إن كان مما لا ينقص قيمته بالقطع فهو كالدار، وإن كان مما ينقص لم يصح لأنه شرط إدخال نقص عليه فيما لم يبع من الثوب، ومن أصحابنا من قال: يصح لأنه رضى بما يدخل عليه من الضرر.

الشرح: حديث أبى هريرة [١] رضى الله عنه فى النهى عن بيع الغرر صحيح رواه مسلم وسبق بيانه.

وحديث جابر المذكور فى الكتاب أن النبى ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الثُّنْيَا »[٢] رواه مسلم فى صحيحه هكذا من رواية الترمذى والنسائى وزاد « نهى عن بيع الثنيا إلا أن يعلم » قال الترمذى: هو حديث حسن صحيح، وهذه الزيادة التى ذكرها الترمذى والنسائى حسنة، فإنها مبنية لرواية مسلم المذكورة فى الكتاب، وقد سبق بيان القفيز وأن الذراع تؤنث وتذكر، والتأنيث أفصح.

وقوله: «لأنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بقدره» احتراز من شرط الثواب فى الهبة على أحد القولين، والله سبحانه وتعالى أعلم.

أما الأحكام: فقال الشافعى والأصحاب رحمهم الله: يشترط العلم بمقدار المبيع وهذا لا خلاف فيه للحديث الصحيح أن النبى ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ »[٣] فلو قال: بعتك بعض هذه الصبرة أو بعض العبد أو الثوب ونحوه لم يصح بلا خلاف؛

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١١٧٥) فى كتاب البيوع باب النهى عن المحاقلة والمزابنة (٨٥/ ١٥٣٦).
والترمذى (٢/ ٥٦٤) باب ما جاء فى النهى عن الثنيا (١٢٩٠)، وقال حسن صحيح غريب وفى العلل الكبير له (٣٤١)، والنسائى (٧/ ٣٧و٢٩٦) فى كتاب البيوع باب النهى عن بيع الثنيا حتى تعلم (٤٦٣٣، ٤٦٣٤)، وابن حبان (٤٩٧١)، والبيهقى (٥/ ٣٠٤).

(٣) تقدم.

لأنه يقع على القليل والكثير.

أما إذا قال: بعتك صاعا من هذه الصبرة فله حالان:

أحدهما: أن يعلما مبلغ صيعانها، فيصح البيع بلا خلاف، وينزل على الإشاعة، فإذا كانت الصبرة مائة صاع فالمبيع عشر عشرها، فلو تلف بعضها تلف بقدره من المبيع، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور وحكى إمام الحرمين فى تنزيله وجهين:

أحدهما: هذا.

والثانى: المبيع صاع من الجملة غير مشاع، أى صاع كان، وعلى هذا قالوا: يبقى المبيع ما بقى صاع، ولو تلف بعضها لم يقسط على المبيع وغيره.

الحال الثانى: إن كانا لا يعلمان أو أحدهما مبلغ صيعانها فوجهان:

أحدهما وهو اختيار القفال: لا يصح البيع كما لو فرق صيعانها، وقال: بعتك صاعا منها، فإنه لا يصح على المذهب، وبه قطع الأصحاب إلا القاضى أبا الطيب فصححه، وسبق نقله عنه.

والوجه الثانى: يصح، وهو المذهب المنصوص، وبه قطع المصنف وسائر العراقيين، وطوائف من غيرهم؛ لأن المبيع معلوم القدر، فصار كالبيع بدرهم مطلقا، فإنه يصح وينزل على النقد الغالب، ولا يشترط أن يبين صفة الدرهم ولا وزنه، لكونه معروفا وكذا الصاع، وفى فتاوى القفال أنه كان إذا سئل عن هذه المسألة يفتى بالصحة مع أنه يعتقد البطلان، فيقال له فيقول: المستفتى يستفتينى عن مذهب الشافعى رضى الله عنه لا عن اعتقادى.

فإذا قلنا: بالمذهب وهو الصحة فالمبيع صاع منها، أى صاع كان، فلو تلف جميعها إلا صاعا تعين العقد فيه، والبائع بالخيار إن شاء سلم صاعا من أعلاها، وإن شاء من أسفلها، وإن شاء من أحد جوانبها، ولا يضر كون باطن الصبرة غير مرئى؛ لأن رؤية ظاهر الصبرة كرؤية كلها، وهذا الذى ذكرناه من أنه إذا تلف إلا صاعا واحدا تعين العقد هو المذهب، وبه قطع الجمهور منهم إمام الحرمين والرويانى والرافعى، وقال صاحبا العدة والبيان: لا يتعين خلافا لأبى حنيفة، بل يكون مشتركا، وهذا شاذ باطل، والصواب الأول قال الرويانى: فلو تلفت كلها إلا بعض صاع يسلمه إلى المشترى إن رضيه وسقط من الثمن بقدر ما فات من الصاع، والله سبحانه أعلم.

فرع: قال الشافعى والأصحاب: لو قال: بعتك هذه الصبرة إلا صاعا منها فإن كانت مجهولة الصيعان لم يصح البيع لأن المبيع مجهول القدر[١]، وليس متميزا حتى تكفى فيه المشاهدة، وإن كانت معلومة الصيعان صح البيع ونزل على الإشاعة كما سبق، فإن كانت عشرة آصع كان المبيع تسعة أعشارها، واحتج القفال فيما إذا كانت مجهولة بأنه لا يصح بيع صاع من صبرة كما حكينا عن اختياره، قال الغزالى فى الوسيط فى توجيه قول القفال: أى فرق بين استثناء المعلوم من المجهول؟ والمجهول من المعلوم؟ والإبهام يعمهما، قال: وفى الفرق غموض واعتراض على الغزالى فى هذا بأنه ليس فيه غموض لأن المبيع معلوم المقدار فى مسألة بيع صاع من الصبرة، بخلاف الصبرة إلا صاعا، والله سبحانه أعلم.

فرع: إذا باع الصبرة من الحنطة أو الشعير أو الجوز أو غير ذلك جزافا ولم يعلم واحد منهما قدرها كيلا ولا وزنا، ولكن شاهداها فالبيع صحيح بلا خلاف عندنا، ويكفى رؤية ظاهرها لأن الظاهر أن أجزاءها متساوية، ويشق تقليبها والنظر إلى جميع أجزائها بخلاف الثوب المطوى.

قال الشافعى والأصحاب: وكذا لو باع بصبرة من الدراهم جزافا لا يعلم واحد منهما قدرها، لكنها مشاهدة لهما صح البيع بلا خلاف عندنا، لكن هل يكره بيع الصبرة جزافا؟ والبيع بصبرة الدراهم جزافا؟ فيه قولان حكاهما الخراسانيون:

أصحهما: يكره، وبه قطع المصنف وآخرون. ؛ لما فيه من الغرر.

والثانى: لا يكره لأنها مشاهدة، وممن حكى القولين من العراقيين صاحب البيان ونقل أصحابنا عن مالك أنه قال: إذا علم البائع كيل الصبرة ولم يبينه بطل البيع.

فرع: إذا باعه نصف هذه الصبرة أو ثلثها أو ربعها أو عشرها أو غير ذلك من أجزائها المعلومة أو باعها إلا نصفها أو ربعها أو غير ذلك من أجزائها المعلومة صح البيع بلا خلاف.

أما إذا قال: بعتك بعض هذه الصبرة أو نصيبا منها أو أجزاء أو سهما أو ما شئت، ونحو هذا من العبارات التى ليس فيها قدر معلوم، فالبيع باطل بلا خلاف؛ لأنه غرر، ولو قال: بعتك هذه الصبرة وهى عشرة أقفزة على أن أنقصك قفيزا منها جاز؛

---

(١) فى أ: المقدار.

لأنه باعه تسعة أعشارها، ولو قال: بعتك هذه الصبرة، كل قفيز بدرهم، أو هذا الثوب، كل ذراع بدرهم، أو هذه الأغنام، كل شاة بدرهم، صح البيع فى الجميع كما ذكرنا، ولا تضر جهالة جملة الثمن لأن الثمن معلوم التفصيل، والمبيع معلوم بالمشاهدة فانتفى الغرر. هذا هو المذهب، وبه قطع الأصحاب فى طرقهم.

وحكى الدارمى والرافعى وجها لأبى الحسين بن القطان أنه لا يصح البيع فى شىء من ذلك، وهذا شاذ ضعيف.

ولو قال: بعتك من هذه الصبرة، كل قفيز بدرهم لم يصح؛ لأن: «من» للتبعيض ولفظ: «كل» للعدد، فيصير كأنه قال: بعتك أقفزة من هذه الصبرة، هذا هو المذهب، وبه قطع الجمهور.

وفيه وجه ضعيف لابن سريج أنه يصح فى صاع واحد بدرهم، حكاه عنه الرويانى وآخرون وحكاه الدارمى، كما قال فى نظيره فى الإجارة إذا قال: أجرتك من هذه الصبرة كل شهر بدرهم: إنه يصح فى الشهر الأول بدرهم.

ونقل إمام الحرمين فى كتاب الإجارة عن الأصحاب أنهم قالوا: إذا قال: بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم لم يصح البيع؛ لأنه لم يضف إلى جميع الصبرة، بخلاف ما لو قال: بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم قال: وكان ينبغى أن يفرق فيقال: إن قال: بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم بطل على المذهب، ويصح قول ابن سريج فى صاع واحد، قال: وكذلك يفرق فى الإجارة، وقد قال بهذا الشيخ أبو محمد الجوينى، فسوى بين قوله: بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم، وبين قوله: بعتك هذه الصبرة، كل صاع بدرهم، فصحح البيع فى الصورتين فى جميع الصبرة، والمذهب الذى قطع به الجمهور: الفرق وهو صحته فى: بعتك الصبرة كل صاع بدرهم، وبطلانه فى: بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم، والله سبحانه أعلم.

أما إذا قال: بعتك عشرة من هذه الأغنام بمائة درهم، وعلم عدد الشياه فلا يصح البيع بلا خلاف، بخلاف مثله فى الصبرة والثوب والأرض فإنه يصح البيع وينزل على الإشاعة لأن قيمة الشياه تختلف.

ولو قال: بعتك هذه الصبرة بعشرة دراهم كل صاع بدرهم، ، أو قال مثله فى

الأرض أو الثوب نظر: إن خرج المبيع كما ذكر صح البيع، وإن كان[١] زائدا أو ناقصا فقولان مشهورا:

أصحهما: لا يصح البيع لتعذر الجمع بين الأمرين.

والثانى: يصح لوجود الإشارة إلى الصبرة ويلغو الوصف، فعلى هذا إن خرج ناقصا فللمشترى الخيار، فإن أجاز فوجهان:

أصحهما: يخير بقسط الموجود؛ لأنه قابل كل صاع بدرهم.

والثانى: يخير بجميع الثمن لأنه قابل الجملة به، وإن خرج زائدا فلمن تكون الزيادة؟ فيه وجهان:

أصحهما: للمشترى، فعلى هذا لا خيار له قطعا، ولا للبائع على أصح الوجهين.

والثانى: يكون للبائع، فعلى هذا لا خيار له وفى ثبوته للمشترى وجهان:

أصحهما: ثبوته، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: لو كانت الصبرة على موضع من الأرض فيه ارتفاع وانخفاض فباعها وهى كذلك، أو باع السمن أو نحوه فى ظرف مختلف الأجزاء رقة وغلظا، ففيه ثلاثة طرق:

أصحها: أن فى صحة البيع قولى بيع الغائب؛ لأنه لم يحصل رؤية تفيد المعرفة.

والثانى: القطع بالصحة.

والثالث: القطع بالبطلان وهذا ضعيف، قال الرافعى: وهو ضعيف وإن كان منسوبا إلى المحققين.

فإن قلنا: بالصحة فوقت الخيار هنا معرفة مقدار الصبرة أو التمكن من تخمينه برؤية ما تحتها.

وإن قلنا: بالبطلان فلو باع الصبرة والمشترى يظنها على أرض مستوية، فبان تحتها دكة، فهل يتبين بطلان البيع؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا، بل هو صحيح، وللمشترى الخيار كالعيب والتدليس، وبهذا قطع صاحب الشامل وغيره.

---

(١) فى أ: خرج.

والثانى: يبطل، وهو اختيار الشيخ أبى محمد؛ لأن معرفة المقدار تخمينا أو تحقيقا شرط، وقد تبينا فواتها.

فرع: قال أصحابنا: إذا قال: بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أزيدك صاعا، فإن أراد بذلك هبة فباع لم يصح؛ لأنه شرط عقد فى عقد، وإن أراد بيعه فباع آخر من غير الصبرة لم يصح؛ لأنه إن كان الصاع مجهولا فهو بيع مجهول، وإن كان معلوما لم يصح إذا كانت الصبرة مجهولة الصيعان؛ لأنا نجهل تفصيل الثمن وجملته، وإن أراد أنه يزيده صاعا من هذه الصبرة وأنها إن خرجت عشرة آصع كان الثمن تسعة دراهم، فينظر: إن كانت الصبرة مجهولة الصيعان لم يصح البيع بلا خلاف؛ لأنه لا يعلم حصة كل صاع.

وإن كانت معلومة الصيعان فوجهان مشهوران فى كتب العراقيين حكاهما الشيخ أبو حامد ومتابعوه وغيرهم.

أصحهما: يصح، وبهذا قطع إمام الحرمين والغزالى والبغوى والرافعى ومعظم الخراسانيين، وإذا كانت عشرة آصع فقد باعه كل صاع وتسع صاع بدرهم.

والثانى: لا يصح، رجحه الشيخ أبو حامد والرويانى، وادعى الرويانى أن العراقيين كلهم جزموا به سوى القاضى أبى الطيب، وغلط فى هذه الدعوى فالخلاف مشهور فى ذلك فى كتب العراقيين كالشيخ أبى حامد والماوردى والمحاملى وغيرهم، والمذهب[1] الصحة.

وإن قال: بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أنقصك صاعا: فإن أراد رد صاع إليه - فالبيع باطل، وإن أراد أنها إن خرجت تسعة آصع أخذت منك عشرة دراهم، فإن كانت الصيعان مجهولة، لم يصح البيع بلا خلاف وإن كانت معلومة فوجهان:

الصحيح الذى قطع به العراقيون والجمهور وغيرهم: صحة البيع، فإذا كانت تسعة آصع فقد باع كل صاع بدرهم وتسع.

والثانى: لا يصح لقصور العبارة عن الحمل المذكور، حكاه الرافعى ولو قال: بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أزيدك صاعا أو أنقصك صاعا ولم يبين

---

(١) فى أ: فالمذهب.

أنه ينقصه أو يزيده لا يصح البيع بلا خلاف، قال الرويانى ولو قال: بعتكها، كل صاع بدرهم على أن تهب لى منها صاعا لم يصح لأنه شرط هبة البائع، وإن أراد أن الثمن بجملته يقابل جميع الصبرة إلا صاعا منها وهى معلومة الصيعان صح البيع، ويصير كأنه باع كل صاع بدرهم وتسع درهم، أعنى إذا كانت عشرة آصع، فإن أراد أنه يأخذ جميع الصيعان العشرة ويعطيه أحد عشر درهما جاز أيضا إذا كانت معلومة، وإن قال: أزيدك من غيرها لم يصح بكل حال للجهالة.

قال: فلو قال: بعتك هذا الثوب أو الأرض كل ذراع بدرهم على أن أزيدك ذراعا أو قال: على أن أنقصك ذراعا فحكمه حكم نظيره من الصبرة.

فرع: لو كانت له صبرة بعضها حنطة وبعضها شعير مختلط، وباع جميعها جزافا جاز؛ لأن المبيع مشاهد، وإن باع صاعا منها، فإن كانت الحنطة والشعير سواء جاز قطعا وإلا فوجهان حكاهما الرويانى:

أصحهما: الجواز.

فرع: لو كان له صبرة، ولآخر صبرة، فقال: بعتك من صبرتى بقدر صبرتك بدينار، لم يصح البيع، نص عليه الشافعى فى كتاب الصرف واتفقوا عليه.

فرع: فيما إذا كان المبيع فيما لا تتساوى أجزاؤه، كالأرض والدار والثوب، ففيه مسائل: إحداها: إذا قال: بعتك هذه الدار كل ذراع بدرهم جاز سواء علما ذرعانها أم لا، كما قلنا فى بيع الصبرة كل صاع بدرهم، هذا هو المذهب، وبه قطع الجمهور، وقال الماوردى [فى الحاوى][1]: إن علما ذرعانها صح وإلا فوجهان:

أحدهما: وهو قول أصحابنا البصريين: يجوز كالصبرة.

والثانى: وهو قول أصحابنا البغداديين: لا يجوز، للجهل بجملة الثمن، قال الرويانى: لعله أراد بالبغداديين بعضهم.

أما إذا قال: بعتك ربع هذه الدار أو ثلثها، فيصح قطعا، سواء علما ذرعانها أم لا، وإن قال: بعتك من هذه الدار كل ذراع بدرهم لم يصح قطعا ولا يجىء فيه الوجه السابق فى نظيره من الصبرة عن ابن سريج أنه يصح فى صاع واحد؛ لأن أجزاء الدار تختلف بخلاف الصبرة، ولو قال: بعتك من هذه الدار عشرة أذرع كل

---

(١) سقط فى ط.

ذراع بدرهم، فإن كانت ذرعانها مجهولة لهما أو لأحدهما لم يصح البيع بلا خلاف، بخلاف نظيره من الصبرة، فإنه يصح على الأصح، والفرق ما ذكرناه الآن من اختلاف أجزاء الدار دون الصبرة، وإن كانت ذرعانها معلومة لهما صح البيع عندنا، وحمل على الإشاعة، فإذا كانت مائة ذراع كان المبيع عشرها مشاعا، وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة: لا يصح، وهو وجه لبعض أصحابنا حكاه الرافعى والصحيح المشهور الصحة، وبه قطع الأصحاب قال إمام الحرمين: إلا أن يقصد أذرعا معينة فيبطل البيع كشاة من القطيع.

ولو اختلفا فقال المشترى: أردت الإشاعة فالعقد صحيح، فقال البائع: بل أردت معينا - ففيمن يصدق احتمالان أرجحهما يصدق البائع؛ لأنه أعلم بنيته وهذا بخلاف ما لو اختلفا فى شرط مفسد للعقد.

فإن الأصح تصديق مدعى الصحة؛ لأنه ليس هناك مرجح، والظاهر جريان عقود المسلمين صحيحة.

وأما هنا فيترجح جانب الناوى؛ لأنه أعلم بنيته، والله سبحانه أعلم.

الثانية: إذا قال فى الدار أو الأرض: بعتك من هنا إلى هنا صح البيع بلا خلاف، وإن وقف فى وسطها فقال: بعتك أذرعا ابتداؤها من هنا ولم يبين إلى أى جهة تذرع، لم يصح بلا خلاف؛ لأنه[1] يختلف ويتفاوت به الغرض، وإن قال: ابتداؤها من هنا إلى هذه الجهة فى جميع العرض، ولم يبين إلى أين ينتهى فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف والأصحاب.

أصحهما: الصحة وهو قول أبى إسحاق المروزى وأبى على بن أبى هريرة، وصححه الأكثرون ومنهم الرافعى وغيره لانتفاء الغرر.

والثانى: لا يصح لأنه قد ينتهى الذراع إلى موضع يخالف الابتداء، وصحح الرويانى فى البحر هذا.

الثالثة: إذا باع ذراعا أو أذرعا من ثوب، فإن كانت ذرعانه معلومة لهما صح البيع ونزل على الإشاعة، فإن كان باعه ذراعا والجملة عشرة كان المبيع العشر شائعا كما سبق فى الصبرة وفى الأرض والدار، هذا هو المذهب، وفيه الوجه الشاذ السابق فى

---

(١) فى أ: لا.

الدار والأرض والصبرة أنه لا يصح البيع والصواب الأول.

وإن كانت ذرعانه مجهولة لهما أو لأحدهما - نظر: إن كان الثوب مما لا تنقص قيمته بالقطع كالكرباس الغليظ ونحوه، فوجهان حكاهما الشيخ أبو محمد الجوينى وإمام الحرمين والغزالى ومن تابعهم.

أصحهما وبه قطع المصنف والجمهور: يصح البيع كبيع أذرع من أرض وصيعان من صبرة.

والثانى: لا يصح؛ لأنه لا يلزم منه تغيير عين المبيع، وإن كان تنقص قيمته بالقطع فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف والأصحاب:

الصحيح المنصوص: أنه لا يصح لأنه شرط إدخال نقص فى عين المبيع.

والثانى: يصح لأنه رضى بالضرر، وهذا الوجه قول ابن سريج واختاره صاحب التقريب القاسم بن القفال الشاشى، وقاسوه على بيع ذراع من الدار وعلى بيع أحد زوجى الخف فإنه يصح، وإن نقصت قيمتها بتقدير التفريق والفرق أن ذلك النقص ليس فى نفس الخف بخلاف مسألتنا.

وإذا جمعت صورتى الثوب قلت: إذا باع ذراعا من ثوب مجهول الذرعان فثلاثة أوجه:

أحدها: الصحة.

والثانى: البطلان.

وأصحها: إن لم تنقص قيمته بالقطع صح، وإلا فلا، وطريق من أراد شراء ذراع من ثوب حيث قلنا: لا يصح أن يواطئ صاحبه على شرائه، ثم يقطعه قبل الشراء، ثم يشتريه بعد قطعه، فيصح بلا خلاف، والله تعالى أعلم.

فرع: إذا باع جزءا شائعا من سيف أو سكين أو إناء أو نحوها، صح بلا خلاف، وصار مشتركا.

ولو عين بعضه وباعه لم يصح، هكذا قطع به الأصحاب، قال الرافعى: القياس أن يجىء فيه الوجهان السابقان فى ذراع من ثوب ينقص بالقطع.

أما إذا باع جزءا معينا من جدار أو أسطوانة ونحوها: فإن كان فوقه شىء لم يصح؛ لأنه لا يمكن تسليمه إلا بهدم ما فوقه، وإن لم يمكن نظر: إن كان قطعة واحدة من طين أو خشب أو غيرهما لم يصح، وإن كان من لبن أو آجر جاز وهكذا

أطلقه صاحب التلخيص، قال الرافعى: وهو محمول عند الأصحاب على ما إذا جعلت النهاية صنفا من الآجر أو اللبن دون ما إذا جعل المقطع نصف سمكها، قال الرافعى: وفى تجويزه إذا كان من آجر أو لبن إشكال، وإن جعلت النهاية ما ذكروه لأن موضع الشق قطعة واحدة ولأن رفع بعض الجدار ينقص قيمة الباقى فيفسد[1] البيع ولهذا قالوا: لو باع جذعا فى بناء لم يصح البيع لأن النقص يحصل بالهدم قال: ولا فرق بين الجذع والآجر وكذا الحكم لو باع فصا فى خاتم.

فرع: قال أصحابنا إذا قال: بعتك ثمرة هذا البستان بثلاثة آلاف درهم إلا ما يخص ألفا إذا وزعت الثمرة على ثلاثة آلاف صح البيع، ويكون قد استثنى ثلثها، فيحصل البيع فى ثلثها بثلاثة آلاف، ولو قال: بعتكها بأربعة آلاف إلا ما يخص ألفا صح البيع فى ثلاثة أرباعها بأربعة آلاف، ولو قال: إلا ما يساوى ألفا لم يصح البيع لأن ما يساوى الألف مجهول.

فرع: لو قال: بعتك ملء هذا الكوز من هذه الصبرة ففى صحة البيع وجهان:

أحدهما: لا يصح كما لو أسلم فى ملئه.

وأصحهما: الصحة؛ لأنه لا غرر فيه فى صورة البيع، ولو عين فى البيع أو السلم مكيالا معتادا فوجهان:

أحدهما: يفسد البيع والسلم، لاحتمال تلفه.

وأصحهما: الصحة فى البيع والسلم، ويلغو تعيينه كسائر الشروط التى لا غرض فيها، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن قال: بعتك هذا السمن مع الظرف كل منا بدرهم نظرت: فإن لم يعلما مقدار السمن والظرف لم يجز؛ لأن ذلك غرر؛ لأن الظرف قد يكون خفيفا، وقد يكون ثقيلا، وإن علما وزنهما جاز؛ لأنه لا غرر فيه.

الشرح: «المنا» على وزن العصا هو رطلان بالبغدادى، وفيه لغة ضعيفة «منا» بتشديد النون، قال أصحابنا: فى بيع السمن فى الظرف مسائل: إحداها: إذا كان سمن أو الزيت أو غيرهما من الأدهان ونحوها مما لا يختلف فى ظرف، فرآه ثم اشترى منه رطلا أو أرطالا صح البيع، كما سبق بيانه فى مسائل الصبرة، هكذا قطعوا

(١) فى أ: فليفسد.

به، ويجىء فيه الوجه السابق عن القفال فى بيع صاع من الصبرة، وقد أشار إليه صاحب التتمة.

الثانية: إذا رآه ثم اشتراه مع ظرفه بعشرة دراهم مثلا صح البيع، سواء كان ظرفه من فخار أو خشب أو حديد أو نحاس، أو كان زقا، وسواء عرفا وزنهما أم لا، هذا هو المذهب، وبه قطع الجمهور، قال الروياني: وحكى بعض أصحابنا الخراسانيين قولين فيما إذا لم يعلما الوزن، قال: وليس هذا بشىء، ولو اشترى نصفه أو ربعه صح.

الثالثة: إذا قال: بعتك جميع هذا السمن كل رطل بدرهم صح البيع، ويوزن السمن فى شىء آخر، ويوزن فى ظرفه ثم يسقط وزن الظرف بعد تفريغه، هكذا قطع به الأصحاب، وينبغى أن يجىء فيه الوجه السابق عن أبى الحسين بن القطان فى مثله فى الصبرة.

الرابعة: إذا قال: بعتكه كل رطل بدرهم على أن يوزن معه الظرف، ثم يحط وزن الظرف، صح البيع بالاتفاق كالصورة التى قبلها؛ لأنها هكذا تباع فى العادة، ولأنه لا غرر.

الخامسة: إذا قال: بعتك هذا السمن كل رطل بدرهم على أن يوزن الظرف معه ويحسب على المشترى وزنه، ولا يكون الظرف مبيعا، فالبيع باطل باتفاق الأصحاب؛ لأنه شرط فى بيع السمن أن يزن معه غيره، وليس ذلك الوزن معه مبيعا فلم يصح، كما لو قال: بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أكيل معها شعيرا، هكذا أطلقه الأصحاب، ولم يفرقوا بين أن يعلما وزن الظرف أم لا، قال ابن الصباغ: وينبغى أن يجوز إذا علما وزن الظرف والسمن، ويكون كقوله: بعتك الصبرة على أن أنقصك صاعا وأحسب ثمنه عليك، وهى معلومة الصيعان؛ لأنه لا غرر حينئذ، وحكى المتولى هذا وجها لبعض الأصحاب، وحكى الروياني كلام الأصحاب ثم حكى كلام ابن الصباغ عن بعض الأصحاب، ولم يسمه، ومراده ما نقله المتولى أو ما قاله ابن الصباغ فهو كثير النقل عنهما.

السادسة: إذا قال: بعتك هذا السمن بظرفه، كل رطل من المجمد[١] بدرهم

(١) فى أ: المجموع.

فثلاثة أوجه:

أصحها عند الجمهور وأشهرها، وبه قطع المصنف والشيخ أبو حامد والماوردى والقاضى أبو الطيب فى المجرد، وجمهور سائر العراقيين وصححه المتولى وآخرون: أنهما إن علما وزن كل واحد صح البيع، وإلا فلا لما ذكره المصنف.

والثانى: يصح مطلقا وهو الأصح عند البغوى، وبه قال الدارمى، واختاره ابن الصباغ؛ لأن جملة المبيع مرئية، ولا يضر اختلاف قيمتها، كما لو اشترى فواكه من أجناس وهى مختلطة وزنا أو حنطة مختلطة بالشعير كيلا، فإنه يصح.

والثالث: أنه لا يصح مطلقا حكاه البغوى وغيره؛ لأن المقصود السمن، وهو مجهول بخلاف الفواكه، فإنها كلها مقصودة، قال أصحابنا: وصورة المسألة أن يكون للظرف قيمة، فإن لم يكن له قيمة لم يصح البيع بلا خلاف؛ لأنه شرط عليه ما لا قيمة له وأخذ الثمن فى مقابلة وزنه.

السابعة: إذا قال: بعتك هذا السمن بعشرة على أن أزنه بظرفه، ثم أسقط من الثمن بقسط وزن الظرف، قال الرويانى والأصحاب: إن كانا عند العقد عالمين قدر وزن الظرف وقدر قسطه صح البيع، وإن جهلاه أو أحدهما لم يصح؛ لأنهما لا يعلمان هل يكون المسقط درهمين فيكون الثمن عشرة أو أقل أو أكثر فصار الثمن مجهولا، قالوا: وهذا بخلاف ما لو قال: بعتك هذا السمن كل رطل ثم أظرف كذا وزن الظرف، فإنه يصح كما سبق؛ لأن حاصله بيع السمن جميعه، كل رطل [بدرهم][1] بدرهم، فلا يضر جهالة وزن الظرف.

فرع: ذكرنا أنه إذا اشترى السمن ونحوه مع ظرفه جزافا صح البيع هكذا أطلقه الجمهور، قال القاضى حسين والمتولى: هذا إذا كانا قد شاهدا الظرف فارغا، وعرفا قدر ثخانته أو كانت ثخانته معلومة بالعادة، وإن كان الظرف مما تختلف ثخانته وتتفاوت لم يصح البيع؛ لأنه لو باع السمن وحده والحالة هذه لم يصح البيع، للجهل بقدره، فإذا باعهما فأولى بالبطلان.

قال القاضى حسين: ولو كان الظرف يستوفيه ورأى أعلاها فإن كانت جوانبها مستترة لم يصح البيع وإن كانت مكشوفة ولكن أسفلها مستتر، قال أصحابنا[2]: لا

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: الأصحاب.

يصح، قال القاضى: وعندى أنه يصح؛ لأنه يستدل بالجوانب على الأسفل لأن الغالب استواؤهما فإن خرج أغلظ من الجوانب ثبت الخيار، كما لو اشترى صبرة فخرج تحتها دكة.

فرع: قال البغوى والأصحاب: لو قال: بعتك المسك مع فأرته، كل مثقال بدينار، فهو كبيع السمن بظرفه كل رطل بدرهم، ويجىء فيه باقى المسائل.

فرع: قد ذكرنا أنه إذا باع السمن مع ظرفه جميعًا جزافا صح البيع، قال أصحابنا: ولو باع لبنا مخلوطا بالماء لم يصح بلا خلاف، والفرق أن المقصود وهو اللبن غير متميز ولا معلوم.

وأما هنا فالمقصود السمن، وهو متميز، فصار كما لو باع عبدا وعليه ثوب مع الثوب، فإنه يصح بالإجماع.

فرع: إذا اشترى جامدا فى ظرفه كالدقيق والحنطة والتمر والزبيب وغير ذلك موازنة، كل رطل بدرهم، بشرط أن يوزن مع ظرفه، ثم يسقط قدر وزن الظرف، فوجهان حكاهما الماوردى والرويانى:

أحدهما: لا يصح البيع؛ لأن الجامد لا يحتاج إلى وزنه مع ظرفه، لإمكان وزنه بدونه، قالا: وإلى هذا مال أبو إسحاق المروزى.

و الوجه الثانى: يصح وهذا مقتضى كلام جمهور الأصحاب، وهو الصواب إذ لا مفسدة فيه ولا غرر ولا جهالة.

فرع: إذا اشترى سمنا أو غيره من المائعات أو غيرها فى ظرفه، كل رطل بدرهم مثلا، على أن يوزن بظرفه، ويسقط أرطال معينة بسبب الظرف، ولا يوزن الظرف - فالبيع باطل بلا خلاف؛ لأنه غرر ظاهر، وهذا من المنكرات المحرمة التى تقع فى كثير من الأسواق.

قال المصنف رحمه الله تعالى: واختلف أصحابنا فى بيع النحل فى[1] الكندوج فقال أبو العباس: يجوز بيعه لأنه يعرف مقداره حال دخوله وخروجه، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز، وهو قول أبى حامد الإسفراييني لأنه قد يكون فى الكندوج ما لا يخرج، وإن اجتمع فرخه فى موضع، وشوهد جميعه جاز بيعه لأنه معلوم مقدور

---

(١) فى أ: مع.

على تسليمه، فجاز بيعه.

الشرح: الكندوج - بكاف مضمومة ثم نون ساكنة ثم دال مهملة مضمومة ثم واو ثم جيم - وهو الخلية، وهو عجمى معرب، والخلية عربية، ويقال لها الكوارة أيضا، قال أصحابنا: بيع النحل فى الجملة جائز؛ لأنه حيوان طاهر منتفع به، فأشبه الحمام، فإن كان فرخه مجتمعا على غصن أو غيره وشاهده كله صح بيعه بلا خلاف عندنا، فإن كان فى الخلية ولم يره فى دخوله وخروجه فهو من بيع الغائب، وقد سبق بيانه فيفرق بين أن يصفه أو لا يصفه، فإن رآه فى دخوله وخروجه ولم يعرف أنه خرج جميعه - وقلنا: لا يجوز بيع الغائب - ففى بيعه والحالة هذه وجهان مشهوران، ذكرهما المصنف بدليلهما:

الأصح: الصحة؛ لأنه يعرف[1] غالبا ولأن الحاجة تدعو إليه ولا تمكن رؤيته مجتمعا إلا فى لحظة لطيفة فى نادر من الأحوال فلو اشترطت رؤيته مجتمعا لامتنع بيعه غالبا، وفى ذلك حرج.

والثانى: لا يصح، وصححه الرويانى وصاحب الانتصار.

فلو طار ليرعى فباعه وهو طائر، وعادته أن يعود فى آخر النهار كما هو الغالب، وقد رآه قبل طيرانه، ففى صحة بيعه وجهان، حكاهما الماوردى والرويانى وآخرون:

أحدهما: لا يجوز بيعه، وبه قطع البغوى لأنه غير مقدور عليه فى الحال، فلم يصح بيعه، كالحمام وغيره من الطير الألوف إذا باعه فى حال طيرانه.

وأصحهما: يصح، وبه قال ابن سريج وقطع به المتولى؛ لأن الغالب عوده إلى موضعه، فجاز بيعه كعبد خرج لقضاء شغل، ويخالف سائر الطيور؛ لأنه يمكن إمساكها وحبسها عن الطيران بالعلف فى برجها.

وأما النحل فلا بد من الطيران ليرعى، ولو حبس عنه تلف، ولا يمكن الانتفاع به إلا إذا طار واجتنى ما يحصل به العسل، والطير يمكن الانتفاع به محبوسا، والله سبحانه أعلم.

---

(١) فى أ: معرف.

فرع: فى مذاهب العلماء فى أصل بيع النحل:

ذكرنا أن مذهبنا جوازه وبه قال أحمد[١] ومحمد بن الحسن، وقال أبو حنيفة[٢]: لا يجوز كالزنبور والحشرات واحتج أصحابنا بأنه حيوان طاهر منتفع به، فجاز بيعه كالشاة بخلاف الزنبور والحشرات فإنه لا منفعة فيها، والله سبحانه أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ولا يجوز بيع الحمل فى البطن، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما: «أَنَّ النَّبِي ﷺ نَهَى عَن الْمَجْرِ»، والمجر اشتراء ما فى الأرحام، ولأنه قد يكون حملا وقد يكون ريحا، وذلك غرر من غير حاجة، فلم يجز، ولأنه إن كان حملا فهو مجهول القدر، ومجهول الصفة، وذلك غرر من غير حاجة، فلم يجز، وإن باع حيوانا وشرط أنه حامل ففيه قولان:

أحدهما: أن البيع باطل؛ لأنه مجهول الوجود مجهول الصفة.

والثانى: أنه يجوز لأن الظاهر أنه موجود، والجهل به لا يؤثر؛ لأنه لا تمكن رؤيته فعفى عن الجهل به كأساس الدار.

الشرح: حديث ابن عمر[٣] رواه البيهقى، وأشار إلى تضعيفه وضعفه يحيى بن معين والمجر - بميم مفتوحة ثم جيم ساكنة ثم راء - وهو بيع الجنين، كما فسره المصنف، وأجمع العلماء على بطلان بيع الجنين، وعلى بطلان بيع ما فى أصلاب الفحول، نقل الإجماع فيهما ابن المنذر والماوردى وغيرهما؛ لأنه غرر وللأحاديث، ولما ذكره المصنف.

أما إذا باع حيوانا من شاة أو بقرة أو ناقة أو فرس أو جارية أو غيرها وشرط أنها حامل ففى صحة البيع خلاف مشهور، حكاه المصنف والجمهور قولين، وحكاه

---

(١) قال في الفروع (٤/ ٢١): ويصح بيع النحل بكوارته أو فيها منفردًا في الأصح فيهما.

(٢) قال في فتح القدير (٦/ ٤٢٠): ولا يجوز بيع النحل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد: يجوز إذا كان محرزا.
ولا يجوز بيعه كما لا يجوز بيع الوزغ والعقرب والزنبور والحية.

(٣) أخرجه البيهقى (٥/ ٣٤١)، ومن حديث ابن عمر بسند فيه موسى بن عبيدة الزبذى وقال: إنه تفرد به وإنه ضعيف بسببه ورواه البزاز من هذا الوجه مطولاً وفيه والمجر ما فى الأرحام وأشار إلى تفرد موسى به وهو معترض بما أخرجه عبدالرزاق عن الأسلمى عن عبدالله بن دينار لكن الأسلمى أضعف من موسى عند الجمهور وذكر البيهقى أن ابن إسحاق روى عن نافع عن ابن عمر أيضًا.

جماعة وجهين، ودليلهما فى الكتاب.

أصحهما: عند الأصحاب: الصحة.

والثانى: البطلان.

وقيل: يصح فى الجارية قولا واحدا، حكاه الرويانى وآخرون، قالوا: لأن الحمل فى الجارية عيب، فيكون إعلاما بالعيب والمشهور أنها على القولين.

قال أصحابنا: هما مبنيان على القولين المشهورين فى أن الحمل هل يعرف أم لا؟.

أصحهما: يعرف، وله حكم، وله قسط من الثمن.

والثانى: لا يعرف، ولا حكم له، ولا قسط من الثمن، وقد ذكر المصنف القولين فى آخر الباب الأول من كتاب البيوع، وسبق شرحهما هناك.

وإن قلنا: يعرف صح هنا، وإلا فلا.

أما إذا قال: بعتك هذه الجارية وحملها أو هذه الشاة وحملها أو مع حملها أو بعتك هذه الشاة وما فى ضرعها من اللبن، فوجهان مشهوران:

أصحهما: لا يصح البيع، وبه قال ابن الحداد والشيخ أبو على السنجى؛ لأنه جعل المجهول مبيعا مع المعلوم، بخلاف البيع بشرط أنها حامل، فإنه وصف بائع فاحتمل.

والثانى: يصح، وبه قال الشيخ أبو زيد، ونقله فى البيان عن الأكثرين؛ لأنه يدخل عند الإطلاق فى البيع فلا يضر ذكره، بل يكون توكيدا وبيانا لمقتضاه، قال هؤلاء: وهذا كما لو قال: بعتك هذه الرمانة وحبها، أو هذا الجوز ولبه، فإنه يصح قطعا، مع أنه لو أفرد اللب بالبيع لم يصح، قال القاضى أبو الطيب: وينبغى أن يطرد الخلاف فى مسألتى الرمانة والجوز أيضا.

والمذهب: الجزم بالصحة فيهما.

أما إذا قال: بعتك هذه الجبة وحشوها أو بحشوها فطريقان:

أحدهما: أنه على الوجهين فى قوله: بعتك الشاة وحملها.

والثانى: يصح قولا واحدا.

وأصحهما: الصحة قطعا؛ لأن الحشو داخل فى مسمى الجبة، فيكون ذكره

توكيدا للفظ الجبة بخلاف الحمل، ولأن الحشو متيقن بخلاف[١] الحمل، فإذا قلنا بالبطلان فى هذه الصور قال أبو على السنجى: يكون فى مسألة الجبة فى صحة البيع، فى الظهارة والبطانة قولا تفريق الصفقة، وفى صورة الجارية والشاة يبطل البيع فى الجميع؛ لأن الحشو يمكن معرفة قيمته، قال إمام الحرمين: هذا التفصيل حسن، قال أصحابنا: لو باع حاملا وشرط وضعها لرأس البيع[٢] لم يصح البيع بلا خلاف، واستدل له صاحب الشامل والأصحاب بأنه شرط لا يقدر على الوفاء به، قال أصحابنا: وبيض الطير كحمل الجارية والدابة فى كل ما ذكرناه.

فرع: قال أصحابنا: لو باع بشرط أنها لبون فطريقان مشهوران:

أصحهما: أنه على القولين فى البيع بشرط الحمل، لكن الصحة هنا أقوى. والطريق الثانى: يصح قطعا؛ لأن هذا شرط صفة فيها لا يقتضى وجود اللبن حالة العقد، فهو كشرط الكتابة فى العبد، فإن شرط كون اللبن فى الضرع فى الحال كان فيه القولان فى شرط الحمل.

أصحهما: الصحة، ولو شرط كونها تدر كل يوم قدرا معلوما من اللبن بطل البيع بلا خلاف؛ لأن ذلك لا يمكن معرفته، ولا ضبطه فلم يصح كما لو شرط فى العبد أن يكتب كل يوم عشر ورقات.

فرع: إذا شرط كونها حاملا أو لبونا وصححنا البيع، فلم يجدها كذلك - ثبت الخيار بلا خلاف، كما لو شرط أن العبد كاتب فاختلف[٣].

فرع: قد ذكرنا أن بيع الحمل باطل بالإجماع، قال أصحابنا: سواء باعه لمالك الأم أم لغيره، بخلاف ما إذا باع الثمرة قبل بدو الصلاح لمالك الشجرة، فإنه يصح البيع على أحد الوجهين؛ لأن الثمرة متيقنة الوجود، معلومة الصفات بالمشاهدة بخلاف الحمل.

فرع: إذا باع حاملا بيعا مطلقا دخل الحمل فى البيع بالإجماع، ولو باعها إلا حملها لم يصح البيع على الصحيح، وبه قطع المصنف فى الفصل الأخير من هذا الباب وجمهور الأصحاب، كما لو باعها إلا عضوا منها، فإنه لا يصح باتفاق،

---

(١) فى أ: دون.
(٢) فى أ: الشهر.
(٣) فى أ: فأخلف.

وحكى إمام الحرمين وغيره فيه وجهين، والمذهب [ما عليه الجمهور].

ولو كانت الأم لإنسان، والحمل لآخر بالوصية ونحوها، فباع الأم لمالك الحمل أو لغيره، أو باع جارية حاملا بحر، فطريقان:

أصحهما وبه قطع الجمهور: لا يصح البيع؛ لأنه لا يدخل فى البيع، فيصير كأنه استثناه.

والثانى: فيه وجهان حكاهما[١] إمام الحرمين والغزالى، واختار الصحة، وصرح الغزالى فى مواضع كثيرة من الوسيط أن الأصح صحة بيع الجارية الحامل بحر، وليس كما قال، بل الصحيح الذى قطع به الجماهير بطلان بيعها.

ولو باع سمسما واستثنى لنفسه منه الكسب، أو باع قطنا واستثنى [لنفسه من الخشب][٢]، فالبيع باطل بلا خلاف.

ولو باع شاة لبونا واستثنى لبنها، لم يصح البيع على المذهب وبه قطع الجمهور، وفيه وجه شاذ ضعيف جدا أنه يصح، حكاه الرافعى وجعله صاحب الشامل احتمالا لنفسه، قال: لأنه يمكن تسليم الأصل دونه بأن يخليه فى الحال، بخلاف الحمل.

فرع: إذا قلنا بالمذهب إنه لا يجوز بيع الجارية دون حملها إذا كانت الأم لواحد والولد لآخر، فوكلا رجلا ليبيعهما معا بصفقة واحدة، أو وكل أحدهما الآخر فى بيع ملكه فباعها - لم يصح البيع، ذكره الرويانى، وغيره، قالوا: لأنه لا يملك العقد بنفسه، فلا يصح توكيله فيه.

فرع: قال الشافعى فى كتاب الصرف: لا خير فى أن يبيع الدابة ويشترط عقاقها، قال أصحابنا وغيرهم: العقاق - بكسر العين - الحمل، وهو أحد القولين، وهو منع بيعها بشرط الحمل، هكذا أطبق أصحابنا على تفسيره، ويجوز أن يفسر بأنه شرط استثناء حملها للبائع.

فرع: ذكر أصحابنا هنا النهى المشهور عن بيع الملاقيح والمضامين، قالوا: والملاقيح بيع ما فى بطون الحوامل من الأجنة، والمضامين ما فى أصلاب الفحول من الماء، هكذا فسره [جميع][٣] أصحابنا وجماهير العلماء وأهل اللغة، وممن قاله

---

(١) فى أ: حكاه.
(٢) فى أ: منه الحب.
(٣) سقط فى ط.

من أهل اللغة أبو عبيدة، وأبو عبيد، والأزهرى، والهروى، والجوهرى، وخلائق لا يحصون، قال مالك بن أنس وصاحبا المجمل والمحكم: المضامين ما فى بطون الإناث، وهذا ضعيف؛ لأنه يكون مكررا مع الملاقيح، قال العلماء: وواحدة الملاقيح ملقوحة.

وأما المضامين فواحدها يجوز أن يكون مضمانا ومضمونا، الأول كمقدام ومقاديم، والآخر كمجنون ومجانين، وقد أشار إلى الأول صاحب المحكم، وإلى الثانى الأزهرى قال الأزهرى: سميت بذلك لأن الله تعالى أودعها ظهورها فكأنها ضمنتها.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ولا يجوز بيع اللبن فى الضرع، لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال: «لَا تَبِيعُوا الصُّوفَ عَلَى ظَهْرِ الْغَنَمِ، وَلَا تَبِيعُوا اللَّبَنَ فِى الضَّرْعِ»، ولأنه مجهول القدر؛ لأنه قد يرى امتلاء الضرع من السمن فيظن أنه من اللبن ولأنه مجهول الصفة لأنه قد يكون اللبن صافيا، وقد يكون كدرا، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز.

الشرح: هذا الأثر عن ابن عباس[1] صحيح، رواه الدارقطنى والبيهقى، ورروياه عنه مرفوعا بإسناد ضعيف قال البيهقى: تفرد برفعه عمر بن فروخ، وليس بقوى، قال: والمحفوظ أنه موقوف واتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على بطلان بيع اللبن فى الضرع، لما ذكره المصنف، ولأنه لا يمكن تسليمه حتى يختلط بغيره مما يحدث، وهذه العلة هى المرضية عند إمام الحرمين، فلو قال: بعتك من اللبن الذى ى ضرع هذه الشاة أو البقرة رطلا فطريقان:

المذهب: بطلانه، وبه قطع الأكثرون لأنه مجهول، ولأنه لا يتيقن وجود ذلك القدر.

والطريق الثانى: فيه قولا بيع الغائب، وحكاه المتولى وغيره.

ولو حلب شيئا من اللبن فأراه ثم قال: بعتك رطلا مما فى الضرع، فوجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين ذكرهما القاضى حسين وإمام الحرمين والفورانى

(١) أخرجه الدارقطنى (٣/ ١٤ - ١٥) مرفوعًا وموقوفًا وكذا البيهقى فى الكبرى (٥/ ٣٤٠) مرفوعًا وموقوفًا وقال بعد أن ساق الرواية الموقوفة هذا هو المحفوظ.

والروياني وآخرون:

أحدهما: يصح، كما لو رأى أنموذجا من خل أو لبن فى إناء.

وأصحهما: لا يصح؛ لأنه يختلط بغيره مما يدر فى الضرع لحظة بلحظة، صححه القاضى حسين والروياني وآخرون، ولو قبض قدرا من الضرع وأحكم شده ثم باع ما فيه فقد ذكر الغزالى فى الوسيط فى صحته وجهين، وهذا نقل غريب لا يكاد يوجد لغيره، والصحيح بطلان هذا البيع.

فرع: أجمع المسلمون على جواز بيع حيوان فى ضرعه لبن، وإن كان اللبن مجهولا؛ لأنه تابع للحيوان، ودليله من السنة حديث المصراة.

فرع: فى مذاهب العلماء فى بيع اللبن فى الضرع، وقد ذكرنا أن مذهبنا بطلانه، وبه قال جمهور العلماء منهم ابن عباس وأبو هريرة ومجاهد والشعبى وأحمد[١] وإسحاق وأبو حنيفة[٢] وأبو ثور وابن المنذر، وقال طاوس: يجوز بيعه كيلا، وقال سعيد بن جبير: يجوز بيعه، وقال الحسن البصرى: يجوز شراء لبن الشاة شهرا، ومثله عن مالك[٣] ومحمد بن مسلمة المالكى، قالوا: لأنه معلوم القدر والصفة فى العادة، وقاسوه على ما إذا استأجر امرأة للإرضاع شهرا، فإنه يصح ويستحق اللبن.

واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف وذكرناه من الأثر عن ابن عباس وكونه مجهولا مختلفا مع الحديث الصحيح فى النهى عن بيع الغرر.

وأما قولهم: معلوم القدر والصفة فى العادة فغير مسلم، والفرق بينه وبين استئجار المرأة للإرضاع أن الحاجة تدعو إلى استئجارها بخلاف مسألتنا،

---

(١) قال فى كشاف القناع (٣/ ١٦٦): (ولا) يصح بيع (اللبن في الضرع، ولا البيض في الطير) كالحمل .

(٢) في المبسوط (١٣/ ٦٨): لا يجوز بيع الجنين في البطن وبيع اللبن في الضرع.

(٣) قال في حاشية الدسوقي (٤/ ٢١): شراء لبن الشاة في ضرعها لا يكون ممنوعا مطلقا بل تارة يكون ممنوعا كما مر وتارة يكون جائزا بشروط عشرة إن اشتراه جزافا كأن يقول لذي أغنام كثيرة اشترى منك لبن شاة أو اثنتين من هذه الشياه آخذه كل يوم مدة شهر وبشروط خمسة إن اشتراه على الكيل، وإن كان الشراء جزافا فلا بد في الجواز أن تكون الشاة المشترى لبنها قليلة، وأن تكون غير معينة، وأن تكون من جملة شياه كثيرة، وأن تكون كلها مملوكة للبائع، وأن تكون متساوية اللبن عادة، وأن يكون البيع في إبان الحلاب، وأن يعرف قدر حلاب الجميع، وأن يكون الشراء لأجل لا ينقص اللبن قبله، وأن يشرع في ابتداء الأخذ يوم العقد أو بعده بقرب وأن يعجل الثمن؛ لأنه سلم.

والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ولا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم لقول ابن عباس، ولأنه قد يموت الحيوان قبل الجز فيتنجس شعره، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز، ولأنه لا يمكن تسليمه إلا باستئصاله من أصله، ولا يمكن ذلك إلا بإيلام الحيوان [وهذا لا يجوز](١).

الشرح: قوله: لقول ابن عباس (٢) يعنى المذكور فى الفصل قبله، قال الشافعى والأصحاب: لا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم، لما ذكره المصنف، سواء شرط جزه فى الحال أم لا، هذا هو المذهب والمنصوص، وبه قطع الجماهير، وفيه وجه أنه يجوز بشرط الجز فى الحال، حكاه الرافعى، وهو شاذ ضعيف، ولو قبض على كفلة من الصوف وهى قطعة جمعها وقال: بعتك هذه، صح بلا خلاف، كذا قاله إمام الحرمين والغزالى، كما لو باع شجرة فى أرض قال الغزالى: وفيه احتمال لأنه يتغير به عين المبيع، بخلاف الأرض، فإنها لا تتغير بقطع الشجر وغيره.

فرع: اتفق أصحابنا على جواز بيع الصوف على ظهر الحيوان المذبوح لأن استبقاءه بكماله يمكن من غير ضرر، بخلاف بيعه فى حياة الحيوان، وممن صرح بالمسألة البغوى فى التهذيب، ولم يذكر غير هذا، وقال فى كتابه شرح مختصر المزنى: قال أصحابنا: يجوز، قال: وعندى أنه لا يجوز بيع الرأس قبل السلخ، والمذهب ما نقله الأصحاب.

فرع: اتفق أصحابنا على أنه يجوز أن يوصى باللبن فى الضرع، والصوف على ظهر الغنم؛ لأن الوصية تقبل الغرر والجهالة، وممن صرح به البغوى فى كتابيه التهذيب وشرح مختصر المزنى وآخرون، قال البغوى فى شرح المختصر: ويجز الصوف على العادة، قال: وما كان موجودا حال الوصية يكون للموصى له على العادة، وما حدث يكون للوارث، قال: ولو اختلفا فى قدره فالقول قول الوارث بيمينه.

فرع: فى مذاهب العلماء فى بيع الصوف على ظهر الغنم:

ذكرنا أن مذهبنا بطلانه، وبه قال جماهير العلماء، نقله الروياني فى البحر عن

---

(١) فى أ: فلم يجز.
(٢) تقدم.

الجمهور، وحكاه ابن المنذر عن ابن عباس وأبى حنيفة[١] وأحمد وإسحاق وأبى ثور، قال: وبه أقول، وقال سعيد بن جبير وربيعة ومالك والليث بن سعد وأبو يوسف: يجوز بيعه بشرط أن يجز قريبا من وقت البيع، كما يجوز بيع الرطب والقصيل والبقل، واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف، وأجابوا عن قياسهم بأنه يمكن استثناء جميع ذلك من أصله بغير إضرار بخلاف الصوف.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ولا يجوز البيع إلا بثمن معلوم الصفة، فإن باع بثمن مطلق فى موضع ليس فيه نقد متعارف، لم يصح البيع؛ لأنه عوض فى البيع، فلم يجز مع الجهل بصفته كالمسلم فيه، فإن باع بثمن معين تعين؛ لأنه عوض فتعين بالتعيين كالمبيع فإن لم يره المتعاقدان أو أحدهما فعلى ما ذكرناه من القولين فى بيع العين التى لم يرها المتبايعان أو أحدهما.

الشرح: قوله: عوض فى البيع احتراز من الثواب فى الهبة على أحد القولين، قال أصحابنا: يشترط كون الثمن معلوم الصفة، فإن قال: بعتك هذه الدار، أو قال: بهذه الدنانير، أو قال: بهذه الدراهم، وهى مشاهدة لهما، صح البيع، سواء علما قدرها أم لا، وقد سبقت المسألة عند مسألة بيع الصبرة جزافا، وإن قال: بعتك بالدينار الذى فى بيتى أو فى هميانى، أو الدرهم الذى فى بيتى، فإن كان قد رأياها قبل ذلك صح البيع، وإلا ففيه الخلاف فى بيع العين الغائبة.

أما إذا قال: بعتك بدينار فى ذمتك، أو قال: بعشرة دراهم فى ذمتك، أو أطلق الدراهم فلا خلاف أنه يشترط العلم بنوعها، فإن كان فى البلد نقد واحد أو نقود، لكن الغالب واحد منها، انصرف العقد إلى ذلك النقد الواحد أو الغالب، وإن كان فلوسا انصرف إليها عند الإطلاق، صرح به البغوى والرافعى وغيرهما، فإن عين غير ذلك فى العقد تعين.

فرع: قد ذكرنا فى باب زكاة الذهب والفضة فى جواز المعاملة بالدراهم المغشوشة، أنها إن كان الغش معلوم القدر صحت المعاملة بها قطعا، فإن كان مجهولا فأربعة أوجه:

أصحها: تصح المعاملة بها معينة وفى الذمة.

---

(١) قال في المبسوط (٢٠/١٦٦): وبيع الصوف على ظهر الغنم باطل.

والثانى: لا تصح.

والثالث: تصح معينة ولا تثبت فى الذمة بالبيع، ولا بغيره.

والرابع: إن كان الغش غالبا لم تصح، وإلا فتصح، وذكر هناك توجيه الأوجه وتفريعها وفوائدها، قال أصحابنا: فإن قلنا بالصحيح وهو الصحة مطلقا انصرف إليها العقد عند الإطلاق، ولو باع بمغشوش ثم بان أن فضته ضئيلة جدا فله الرد على المذهب، وبه قطع الجمهور، وحكى الصيمرى عن شيخه أبى العباس البصرى أنه كان يقول فيه وجهان:

أحدهما: هذا.

والثانى: لا خيار؛ لأن غشها معدوم فى الأصل، وحكى هذا الوجه أيضا صاحب البيان والرافعى وغيرهما.

فرع: إذا كان فى البلد نقدان أو نقود لا غالب فيها، لم يصح البيع هناك حتى يعين نقدا منها، وهذا لا خلاف فيه؛ لأنه ليس بعضها أولى من بعض.

فرع: قال أصحابنا: وتقويم المتلف يكون بغالب نقد البلد، فإن كان فيه نقدان فصاعدا ولا غالب فيها عين القاضى واحدا للتقويم بلا خلاف.

فرع: لو غلب من جنس العروض نوع، فهل ينصرف الذكر إليه عند الإطلاق؟ فيه وجهان مشهوران فى طريقة الخراسانيين: أصحهما، ينصرف كالنقد.

والثانى: لا؛ لأن النقد لا يختلف الغرض فيه، بخلاف العرض، وصورة المسألة أن يبيع صاعا من الحنطة بصاع منها، أو شعير فى الذمة، وتكون الحنطة والشعير الموجودان فى البلد صنفا معروفا أو غالبا لا يختلف، ثم يحضره بعد العقد ويسلمه فى المجلس.

فرع: قال أصحابنا: كما ينصرف العقد عند الإطلاق إلى العقد الغالب من حيث النوع ينصرف إليه أيضا من حيث الصفة، فإذا باع بدينار أو دنانير، والمعهود فى البلد الدنانير الصحاح انصرف إليها، وإن كان المعهود المكسرة انصرف إليها، كذا نقله الصيمرى وصاحب البيان عن الأصحاب، قالا: إلا أن تتفاوت قيمة المنكس، فلا يصح، قال الرافعى: وعلى هذا القياس لو كان المعهود أن يؤخذ نصف الثمن من هذا ونصفه من ذاك أو أن يؤخذ على نسبة أخرى، فالبيع صحيح محمول على ذلك المعهود، وإن كان المعهود التعامل بهذا مرة وبهذا مرة، ولم يكن بينهما تفاوت،

صح البيع وسلم ما شاء منهما، وإن كان بينهما تفاوت لم يصح البيع، كما لو كان فى البلد نقدان غالبان وأطلق.

ولو قال: بعتك بألف صحاح ومكسرة فوجهان:

أصحهما: بطلان البيع لعدم بيان قدر الصحيح والمكسر.

والثانى: صحته، ويحمل على النصف، قال الرافعى: ويشبه أن يجىء هذا الوجه فيما إذا قال: بعتك بألف مثقال ذهب وفضة، قلت: لا جريان له هناك، والفرق كثرة التفاوت بين الذهب والفضة فيعظم الغرر.

وإن قال: بعتك بألف درهم مسلمة أو منقية لم يصح؛ لأنه ليس لها عادة مضبوطة، ذكره الصيمرى وصاحب البيان.

فرع: قال أصحابنا: لو قال: بعتك بدينار صحيح فأحضر صحيحين وزنهما مثقال، لزمه قبولهما؛ لأن الغرض لا يختلف بذلك، وإن أحضر صحيحا وزنه مثقال ونصف، قال صاحب التتمة: لزمه قبوله، وتبقى الزيادة أمانة فى يده، والصواب الذى عليه المحققون أنه لا يلزمه قبوله لما فى الشركة من الغرر.

وقد جزم صاحب البيان وآخرون بأنه لا يلزمه قبوله فلو تراضيا جاز، ثم إن أراد أحدهما كسره وامتنع الآخر لم يجز البيع؛ لما فى هذه القسمة من الضرر.

قال أصحابنا: ولو باع بنصف دينار صحيح بشرط كونه مدورا جاز إن كان يعم وجوده هناك، فإن لم يشترط كونه مدورا وكان[1] وزنه نصف مثقال: فإن سلم إليه صحيحا أكثر من نصف مثقال وتراضيا بالشركة فيه - جاز، فإن امتنع أحدهما لم يجز لما ذكرناه، ولو باعه شيئا بنصف دينار صحيح، ثم باعه شيئا آخر بنصف دينار صحيح، فإن سلم صحيحا عنهما فقد زاده خيرا، وإن سلم قطعتين وزن كل واحدة نصف دينار جاز، فلو شرط فى العقد الثانى تسليم صحيح عنهما فالعقد الثانى باطل، وأما الأول فإن كان الشرط بعد لزومه فهو ماض على الصحة، ويلزمه نصف هو شق، وإن كان قبل لزومه فهو إلحاق شرط فاسد بالعقد فى زمن الخيار، والأصح أنه يلحق فيبطل العقد الأول أيضا، والله سبحانه أعلم.

قال الصيمرى وصاحب البيان: وإن قال: بعتك هذا الثوب بنصفى دينار، لزمه

---

(١) فى أ: لزمه شق.

تسليم دينار مضروب؛ لأن ذلك عبارة عن دينار، وإن قال: بعتكه بنصف دينار وثلث دينار وسدس دينار، لم يلزمه دينار صحيح، بل له دفع شق من كل وزن.

فرع: لو باع بنقد قد انقطع من أيدى الناس فالعقد باطل لعدم القدرة على التسليم، فإن كان لا يوجد فى ذلك البلد، ويوجد فى غيره، فإن كان الثمن حالا أو مؤجلا إلى أجل لا يمكن نقله فيه فالعقد باطل أيضا، وإن كان مؤجلا إلى مدة يمكن نقله فيها صح البيع ثم إن حل الأجل وقد أحضره فذاك، وإلا فينبنى على أن الاستبدال على الثمن هل يجوز؟.

إن قلنا: لا، فهو كانقطاع المسلم فيه.

وإن قلنا: نعم استبدل ولا ينفسخ العقد على المذهب وفيه وجه ضعيف أنه ينفسخ.

أما إذا كان يوجد فى البلد ولكنه عزيز، فإن جوزنا الاستبدال صح العقد، فإن وجد فذاك وإلا فيستبدل وإن لم نجوزه لم يصح.

أما إذا كان النقد الذى جرى به التعامل موجودا ثم انقطع فإن جوزنا الاستبدال استبدل وإلا فهو كانقطاع المسلم فيه، والله سبحانه أعلم.

فرع: لو باع بنقد معين أو مطلق، وحملناه على نقد البلد فأبطل السلطان المعاملة بذلك النقد لم يكن للبائع إلا ذلك النقد، هذا هو المذهب وقد سبقت المسألة فى هذا الباب فى فرع من مسائل كيفية القبض، وذكرنا فيها أوجهها[1] وتفاريعها.

فرع: قال صاحب البيان: قال الصيمرى: إذا باعه بنقد فى بلد ثم لقيه ببلد آخر لا يتعامل الناس فيه بذلك النقد فدفع إليه النقد المعقود عليه فامتنع من قبضه، فهل له الامتناع؟ فيه ثلاثة أوجه:

الصحيح: ليس له الامتناع، بل يجبر على أخذه؛ لأنه المعقود عليه، كما لو باعه بحنطة فلم يقبضها حتى رخصت.

والثانى: لا يجبر على أخذها، وله الامتناع منه، كما لو سلم إليه فى موضع مخوف.

والثالث: إن كان البلد الذى يدفعه فيه لا يتعامل الناس فيه بذلك النقد لم يجبر

---

(١) فى أ: وجهًا.

عليه، وإن كانوا يتعاملون به بوكس لزمه أخذه وأجبر عليه.

فرع: إذا باعه بثمن معين تعين الثمن، وقال أبو حنيفة: لا يتعين، وكذا لو عينا فى الإجارة أو الصداق أو الخلع أو غيرها من العقود دراهم أو دنانير تعينت بالتعيين عندنا، وقال أبو حنيفة: لا تتعين الدراهم والدنانير فى العقود كلها، وتظهر فائدة الخلاف فى مسائل:

منها: لو تلفت تلك الدراهم قبل القبض انفسخ العقد، ولا ينفسخ عنده.

ومنها: لو أراد أن يمسك تلك ويدفع بدلها لم يكن له ذلك عندنا، ويجوز عنده.

ومنها: لو وجد بتلك الدراهم عيبا وردها انفسخ العقد، وليس له طلب البدل، وعنده له ذلك.

ومنها: لو أراد أن يأخذ عنها عوضا من[1] القبض لا يجوز عندنا كالقبض[2]، وعنده يجوز، واحتج أبو حنيفة بأن المقصود من الدراهم والدنانير رواجها لا عينها، وغير المعين يعمل عمل المعين، واحتج أصحابنا بالقياس على السلعة فإنها تتعين بالإجماع وبالقياس على الغصب، فإن الدراهم والدنانير تتعين فيه بالإجماع، وبالقياس على ما لو أخذ صاعا من صبرة فباعه بعينه، فإنه يتعين بالإجماع، ولا يجوز أن يعطى صاعا آخر بدله من تلك الصبرة مع أنه يعمل عمله، ولأنه قصد بالتعيين ألا يتعلق الثمن بذمته فلا يجوز تعليقه بها.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ولا يجوز إلا بثمن معلوم القدر، فإن باع بثمن مجهول كبيع السلعة برقمها، وبيع السلعة بما باع به فلان سلعته، وهما لا يعلمان ذلك، فالبيع باطل لأنه عوض فى البيع، فلم يجز مع الجهل بقدره، كالمسلم فيه، فإن باعه بثمن معين جزافا جاز؛ لأنه معلوم بالمشاهدة، ويكره ذلك، كما قلنا فى بيع الصبرة جزافا، وإن قال: بعتك هذا القطيع، كل شاة بدرهم، أو هذه الصبرة كل قفيز بدرهم، وهما لا يعلمان مبلغ قفزان الصبرة وعدد القطيع صح البيع؛ لأن غرر الجهالة ينتفى بالعلم بالتفصيل، كما ينتفى بالعلم بالجملة، فإذا جاز بالعلم بالجملة جاز بالعلم بالتفصيل.

---

(١) فى أ: قبل.
(٢) فى أ: كالمبيع.

الشرح: أما مسألة القطيع والصبرة والبيع بدراهم جزاف، فسبق شرحه واضحا قريبا فى مسائل البيع بثمن معلوم القدر، وذكرنا هناك أن الجزاف يقال - بكسر الجيم وفتحها وضمها - واتفق الأصحاب على أنه يشترط كون الثمن معلوم القدر، لحديث النهى عن بيع الغرر، فلو قال: بعتك هذا بدراهم [أو بما يتفق عليه أو بالسعر الذى أبيع الباقى به أو تساوى فى السوق][1] أو بما شئت أو نحو هذه العبارات - لم يصح البيع بلا خلاف.

ولو قال: بعتك هذه السلعة برقمها أى بالثمن الذى هو مرقوم به عليها، أو بما باع به فلان فرسه أو ثوبه، فإن كانا عالمين بقدره صح البيع بلا خلاف، وإن جهلاه أو أحدهما فطريقا:

أصحهما وبه قطع المصنف وسائر العراقيين وجماعات من الخراسانيين: لا يصح البيع، لما ذكره المصنف مع أنه غرر.

والثانى: حكاه الفورانى وصاحب البيان وغيرهما[2]: فيه وجهان:

أصحهما: هذا.

والثانى: إن علما ذلك القدر قبل تفرقهما من المجلس صح البيع، وحكى الرافعى وجها ثالثا أنه يصح مطلقا، للتمكن من معرفته، كما لو قال: بعت هذه الصبرة كل صاع بدرهم يصح البيع، وإن كانت جملة الثمن فى الحال مجهولة، وهذا ضعيف شاذ.

فرع: لو قال: بعتك هذا بمائة دينار إلا عشرة دراهم، أو بمائة درهم إلا دينارا، قال المتولى والرافعى: إن علما قيمة الدينار بالدراهم صح وإلا فلا، بخلاف ما لو أقر بمائة دينار إلا عشرة دراهم، فإنه يصح، وإن لم يعلما قدر القيمة؛ لأن الإقرار بالمجهول صحيح، هذا كلامهما، وينبغى ألا يكفى مع علمهما، بل يشترط مع علمهما بالقيمة قصدهما استثناء القيمة، وقد ذكر صاحب المستظهرى فيما إذا لم يعلما حالة العقد قيمة الدينار بالدراهم، ثم علما ذلك فى الحال طريقتين:

أصحهما: لا يصح، كما ذكرناه.

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى أ: غيرهم.

والثانى: فيه وجهان، وقال صاحب البيان: إذا باعه بدينار إلا درهما لم يصح على المشهور قال: وحكى الصيمرى وجها أنهما إذا كانا يعلمان قيمة الدينار من الدراهم صح البيع، وهذا الذى ادعى أنه المشهور غريب.

والأصح أنهما إذا علما قيمته وقصد استثناء القيمة صح وإلا فلا.

قال فى البيان: ولو قال بعتك بألف درهم من صرف عشرين بدينار لم يصح؛ لأن المسمى هى الدراهم وهى مجهولة، ولا تصير معلومة بذكر قيمتها، قال: وإن كان نقد البلد صرف عشرين بدينار لم يصح أيضا؛ لأن السعر يختلف ولا يختص ذلك بنقد البلد، قال ابن الصباغ: وهكذا يفعل الناس اليوم يسمون الدراهم ويتاعون بالدنانير، ويكون كل قدر من الدراهم معلوما عندهم دينارا، قال: وهذا البيع باطل؛ لأن الدراهم لا يعبر بها عن الدنانير حقيقة، ولا مجازا، ولا يصح البيع بالكناية، هذا ما نقله صاحب البيان وهو ضعيف، بل الأصح صحة البيع بالكناية كما سبق فى أول كتاب البيوع، وعلى هذا إذا عبر بالدنانير عن الدراهم صح، والله أعلم.

فرع: فى بيع التلجئة وصورته أن يتفقا على ألا يظهرا العقد، إما للخوف من ظالم ونحوه، وإما لغير ذلك، ويتفقا على أنهما إذا أظهراه لا يكون بيعا، ثم يعقد البيع، فإذا عقداه انعقد عندنا، ولا أثر للاتفاق السابق، وكذا لو اتفقا على أن البيع بألف ويظهرا ألفين فعقدا بألفين، صح البيع بألفين، ولا أثر للاتفاق السابق، هذا مذهبنا، وكذا رواه أبو يوسف عن أبى حنيفة وروى عنه محمد أنه لا يصح إلا أن يتفقا على أن الثمن ألف درهم فتبايعا بمائة دينار، فيكون الثمن مائة دينار استحسانا، وبه قال أبو يوسف ومحمد قالوا: لأنه إذا تقدم الاتفاق صارا كالهازلين، دليلنا أن الاتفاق السابق ملغى بدليل أنهما لو اتفقا على شرط فاسد ثم عقدا بلا شرط صح العقد.

وأما قولهم: كالهازلين فالأصح عندنا انعقاد بيع الهازل.

فرع: روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ «نهى عن بيع العربان»[1] رواه مالك فى الموطأ، قال: أخبرنى الثقة عن عمرو بن شعيب فذكره،

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٦٠٩) كتاب البيوع: باب ما جاء فى بيع العربان حديث (١) عن الثقة عنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده به.
وأخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٣) كتاب البيوع: باب فى العربان حديث (٣٥٠٢)، وابن ماجة (٢/ ٧٣٨) كتاب التجارات: باب بيع العربان حديث (٢١٩٢) من طريق مالك به.

ومثل هذا لا يحتج به عند أصحابنا ولا عند جماهير العلماء ورواه أبو داود فى سننه عن القعنبى عن مالك أنه بلغه عن عمرو بن شعيب وهذا أيضا منقطع لا يحتج به، ورواه ابن ماجه عن الفضل بن يعقوب الرخامى عن حبيب بن أبى ثابت كاتب مالك عن عبد الله بن عامر الأسلمى عن عمرو بن شعيب، وحبيب بن أبى ثابت هذا، وعبد الله بن عامر الأسلمى هذا ضعيفان باتفاق المحدثين، وذكر البيهقى رواية مالك، وهى قوله بلغنى عن عمرو بن شعيب.

ثم قال البيهقى: هكذا روى مالك هذا الحديث فى الموطأ، فلم يسم رواية الذى رواه عنه قال: ورواه حبيب بن أبى ثابت عن مالك عن عبد الله بن عامر الأسلمى عن عمرو بن شعيب، وقيل: إنما رواه مالك عن ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب، كذا قاله أبو أحمد بن عدى الحافظ، قال ابن عدى: والحديث عن ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب مشهور، قال البيهقى: وقد روى هذا الحديث عن الحارث بن عبد الرحمن بن أبى ذباب عن عمرو بن شعيب ثم رواه البيهقى بإسناده عن عاصم بن عبد العزيز عن الحارث عن عمرو، ثم قال البيهقى: عاصم هذا فيه نظر، وحبيب بن أبى ثابت هذا ضعيف، وعبد الله بن عامر وابن لهيعة لا يحتج بهما، والأصل فى هذا الحديث أنه مرسل مالك، وقال البيهقى فى كتابه معرفة السنن والآثار: بلغنى أن مالكا أخذه عن عبد الله بن عامر، وقيل: عن ابن لهيعة، وقيل: عن الحارث بن عبد الرحمن عن عمرو بن شعيب، قال: وفى الجميع ضعف، فالحاصل أن هذا الحديث ضعيف، قال: وإنما بسطت الكلام فيه لشهرته والحاجة إلى معرفته.

قال أهل اللغة: فى العربان ست لغات عربان وعربون - بضم العين وإسكان الراء

= قال ابن عبد البر فى الاستذكار (١٩/ ٨ - ٩): وقد تكلم الناس فى الثقة عند مالك فى هذا الموضع وأشبه ما قيل فيه أنه ابن لهيعة لأن هذا الحديث أكثر ما يعرف عن ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب. ا. هـ.

وقد أخرجه البيهقى (٥/ ٣٤٣) من هذا الوجه.

وأخرجه ابن ماجة (٢/ ٧٣٩) كتاب التجارات باب بيع العربان حديث (٢١٩٣) من طريق حبيب بن أبى حبيب عن عبد الله بن عامر الأسلمى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده به.

قال ابن عبد البر فى الاستذكار (١٩/ ٩): ولكن حبيبًا متروكًا لا يشتغل بحديثه ويقولون: إنه كذاب فيما يحدث به.

فيهما - وعربون - بفتحهما - وأربان وأربون وأربون - بالهمزة بدل العين - والوزن كالوزن، وقد أوضحتهن فى تهذيب الأسماء واللغات، وفى ألفاظ التنبيه أفصحهن عربون - بفتحهما - وهو عجمى معرب، ويقال منه عربت فى الشىء وأعربت، وهو أن يشترى شيئا ويعطى البائع درهما أو دراهم ويقول: إن تم البيع بيننا فهو من الثمن، وإلا فهو هبة لك، قال أصحابنا: إن قال هذا الشرط فى نفس العقد فالبيع باطل، وإن قاله قبله ولم يتلفظا به حالة العقد فهو بيع صحيح، هذا مذهبنا، وقد ذكر المصنف المسألة فى التنبيه، ولم يذكرها فى المهذب .

فرع: فى مذاهب العلماء فى بيع العربون.

قد ذكرنا أن مذهبنا بطلانه إن كان الشرط فى نفس العقد، وحكاه ابن المنذر عن ابن عباس، والحسن ومالك[1] وأبى حنيفة، قال: وهو يشبه قول الشافعى، قال: وروينا عن ابن عمر وابن سيرين جوازه، قال: وقد روينا عن نافع بن عبد الحارث أنه اشترى دارا بمكة من صفوان بن أمية بأربعة آلاف، فإن رضى عمر فالبيع له، وإن لم يرض فلصفوان أربعمائة، قال ابن المنذر: وذكر لأحمد بن حنبل حديث عمر فقال: أى شىء أقدر أقول؟، هذا ما ذكره ابن المنذر، وقال الخطابى: اختلف الناس فى جواز هذا البيع فأبطله مالك والشافعى للحديث، ولما فيه من الشرط الفاسد والغرر، وأكل المال بالباطل، وأبطله أيضا أصحاب الرأى، وعن عمر وابن عمر جوازه، ومال إليه أحمد بن حنبل[2]، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) قال فى أسهل المدارك (٢/ ٢٤٧ - ٢٤٨): وبيع العربان وهو دفع بعض الثمن على أنه إن لم يتم البيع لم يرجع به) يعنى أن بيع العربان من البيوع المنهى عنها عن مالك فى الموطأ بإسناده «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع العربان» قال مالك: وذلك فما نرى - والله أعلم - أن يشترى الرجل العبد أو الوليدة، أو يتكارى الدابة ثم يقول للذى اشترى منه أو تكارى منه: أعطيك ديناراً أو درهما أو أكثر من ذلك أو أقل على أنى إن أخذت السلعة أو ركبت ما تكاريت منك فالذى أعطيتك هو من ثمن السلعة أو من كراء الدابة، وإن تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة فما أعطيتك لك باطل بغير شىء ا. هـ. قال ابن جزى: النوع الثالث بيع العربان وهو ممنوع إن كان على ألا يرد البائع العربان إلى المشترى إذا لم يتم البيع بينهما، فإن كان على أن يرده إليه إذا لم يتم البيع فهو جائز. اهـ.

(٢) قال فى الإنصاف (٤/ ٣٥٧): الصحيح من المذهب : أن بيع العربون صحيح . وعليه أكثر الأصحاب . ونص عليه . وجزم به في الوجيز وغيره . وقدمه في المحرر، والتلخيص، والشرح، والفروع، والمستوعب، وغيرهم . وهو من مفردات المذهب . وعند أبي الخطاب : لا يصح . وهو رواية عن أحمد . قال المصنف : وهو القياس . وأطلقهما في =

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن كان لرجل عبدان فباع أحدهما من رجل، والآخر من رجل آخر، فى صفقة واحدة بثمن واحد، فإن الشافعى رحمه الله قال فيمن كاتب عبدين بمال واحد: إنه على قولين:

أحدهما: يبطل العقد؛ لأن العقد الواحد مع اثنين عقدان، فإذا لم يعلم قدر العوض فى كل واحد منهما بطل كما لو باع كل واحد منهما فى صفقة بثمن مجهول.

والثانى: يصح، ويقسم العوض عليهما على قدر قيمتهما، فمن أصحابنا من قال: فى البيع أيضا قولان، وهو قول أبى العباس، وقال أبو سعيد الإصطخرى وأبو إسحاق: يبطل البيع قولا واحدا؛ لأن البيع يفسد بفساد العوض، والصحيح قول أبى العباس لأن الكتابة أيضا تفسد بفساد العوض، وقد نص فيها على قولين.

الشرح: نص الشافعى رحمه الله على أنه إذا كاتب عبيدا بعوض واحد على قولين:

أحدهما: صحة الكتابة ويوزع العوض عليهم بالقيمة.

والثانى: فسادها ونص على أنه لو اشترى عبيدا من مالكيهم أو وكيلهم ولكل واحد عبد معين فاشتراهم بثمن واحد أن البيع باطل، ونص أنه لو باع عبديه لرجلين لكل واحد عبد معين بثمن واحد، وأن البيع باطل، وصورته أن يقول: بعتك يا زيد هذا العبد، وبعتك يا عمرو هذا العبد كليهما بألف درهم فقالا: قبلنا، قال الأصحاب: ويتصور أن يخلع[١] نسوة بعوض واحد، وأن يتزوج نسوة بعوض واحد فى عقد واحد، بأن يكون الولى واحدا، مثل أن يكون له بنات بنين أو بنات إخوة أو بنات أعمام أو معتقات.

ويتصور مع تعدد الولى بأن يوكل[٢] الأولياء رجلا واحدا قال أصحابنا: فيصح

= الخلاصة، والرعايتين، والحاويين، والفائق. لكن قال في الرعاية الكبرى: المنصوص الصحة في العقد والشرط.

قوله (وهو أن يشتري شيئا ويعطي البائع درهما، ويقول: إن أخذته وإلا فالدرهم لك). الصحيح من المذهب: أن هذه صفة بيع العربون. ذكره الأصحاب، وسواء وقت أو لم يوقت. جزم به في المغني، والشرح، والمستوعب، وغيرهم. وقدمه في الفروع. وقيل: العربون أن يقول: إن أخذت المبيع وجئت بالباقي وقت كذا وإلا فهو لك. جزم به فى الرعايتين، والحاويين، والفائق.

(١) فى أ: يخالع.
(٢) فى أ: وكل.

النكاح فى مسألة النكاح، ويقع الطلاق فى مسألة الخلع.

وأما المسمى فى الصداق والخلع ففيه طريقان:

أحدهما: يفسد، ويجب مهر المثل لكل واحدة فى مسألة النكاح، وعلى كل واحدة فى مسألة الخلع.

والطريق الثانى - وهو الأصح - أن المسألة على قولين فى النكاح والخلع:

أصحهما: فساد المسمى ووجوب مهر المثل.

والثانى: صحته، ويوزع عليهن على قدر مهور أمثالهن.

وأما البيع والكتابة ففيهما أربع طرق:

أصحها: طرد القولين فيهما.

أصحهما: الفساد فيهما.

والثانى: الصحة والتوزيع عليهم بالقيمة.

والطريق الثانى: القطع بفساد البيع وصحة الكتابة.

والثالث: يفسدالبيع، وفى الكتابة قولان.

والرابع: تصح الكتابة، وفى البيع قولان، وإن أفردت قلت: فى البيع طريقان.

أصحهما: قولان:

أصحهما: البطلان.

والطريق الثانى: القطع بالبطلان وفى الكتابة طريقان.

أصحهما: قولان:

أصحهما: الفساد.

والطريق الثانى: القطع بالصحة، والأصح فى الجميع الفساد فإذا قلنا بصحة الصداق وزع المسمى على نسبة مهر أمثالهن على المذهب، وفيه قول ضعيف، وبعضهم يحكيه وجها أنه يوزع على عدد رءوسهن.

وإذا قلنا بفساد الصداق ففيما يجب لكل واحدة القولان فيما لو أصدقهما خمرا ونحوها.

أصحهما: مهر المثل.

والثانى: يوزع المسمى على مهور أمثالهن، ويجب لكل واحدة ما يقتضيه التوزيع، ويكون الحاصل لهن على هذا القول بقدر المسمى، إذا قلنا بالصحة لكن

يدفع الزوج من حيث شاء، ولا يجب من نفس المسمى.

أما إذا زوج أمتيه بعبد على صداق واحد فيصح المسمى بلا خلاف، فإن[1] المستحق لصداقهما واحد كما لو باع عبديه بثمن، ولو كان له أربع بنات ولآخر أربعة بنين فزوجهن بهم صفقة بمهر واحد، بأن قال: زوجت بنتى فلانة ابنك فلانا، وفلانة فلانا بألف، فطريقان حكاهما المتولى:

أحدهما: فى صحة الصداق القولان.

والثانى: القطع ببطلانه لتعدد المعقود له من الجانبين، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: لو كان لرجل عبد فقال لرجلين: بعتكما هذا العبد بألف فقالا: قبلنا، صح البيع؛ لأن الثمن ينقسم على أجزائه، ويكون لكل واحد منهما نصفه بخمسمائة وهذا لا خلاف فيه، فإن قال أحدهما: قبلت، ولم يقبل الآخر، كان للقابل نصفه بخمسمائة؛ لأن إيجابه لهما بمنزلة عقدين لكل واحد عقد، فصح قبول أحدهما دون الآخر، ولو كان له عبدان فقال لرجلين: بعتكما هذين العبدين بألف، فقالا: قبلنا، صح البيع بلا خلاف، ويكون لكل واحد نصف العبدين بخمسمائة، كما لو باعهما لواحد، فلو قال أحدهما: قبلت نصفهما وسكت الآخر، صح البيع فى نصفيهما للقابل بخمسمائة، لما ذكرناه فى العبد الواحد.

وهكذا لو قال أحدهما: قبلت ولم يقل: نصفهما، وسكت الآخر، صح فى نصفهما للقابل بخمسمائة؛ لأن إطلاق القبول يرجع إلى ما يقتضيه الإيجاب، وهو نصفهما له بخمسمائة، وإن قال أحدهما: قبلت أحد العبدين أو قبلت هذا بخمسمائة لم يصح البيع بلا خلاف؛ لأنه ليس مطابقا للإيجاب، وإن قال أحدهما: قبلت نصف أحد العبدين أو نصف هذا العبد بحصته، لم يصح بلا خلاف لما ذكرناه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى - : فإن قال بعتك بألف مثقال ذهبا وفضة، فالبيع باطل؛ لأنه لم يبين القدر من كل واحد منهما، فكان باطلا، وإن قال: بعتك بألف نقدا أو بألفين نسيئة، فالبيع باطل؛ لأنه لم يعقد على ثمن بعينه، فهو كما لو

(١) فى أ: لأن.

قال: بعتك أحد هذين العبدين.

الشرح: هاتان المسألتان كما قالهما باتفاق الأصحاب، وهما داخلتان فى النهى عن بيع الغرر، وقد روى أبو هريرة رضى الله عنه: «أَنَّ النَّبِى ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِى بَيْعَةٍ» رواه الترمذى وقال: حديث حسن صحيح.

قال: وفى الباب عن ابن عمر وابن عباس وأبى سعيد وأنس، وفسر الشافعى وغيره من العلماء البيعتين فى بيعة، تفسيرين:

أحدهما: أن يقول: بعتك هذا بعشرة نقدا، أو بعشرين نسيئة.

والثانى: أن يقول: بعتكه بمائة مثلا على أن تبيعنى دارك بكذا وكذا.

وقد ذكر المصنف التفسيرين فى الفصل الذى بعد هذا، وذكرهما أيضا فى التنبيه، وذكرهما الأصحاب وغيرهم، والأول أشهر وعلى التقديرين البيع باطل بالإجماع.

وأما الحديث الذى فى سنن أبى داود عن أبى هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ بَاعَ بَيْعَتَيْنِ فِى بَيْعَةٍ فله أَوْكَسُهُمَا أَو الرِّبَا» [(١)]، فقال الخطابى وغيره: يحتمل أن يكون ذلك فى قصة بعينها، كأنه أسلف دينارا فى قفيز حنطة إلى شهر فحل الأجل فطالبه، فقال: بعنى القفيز الذى لك علىَّ إلى شهرين بقفيزين، فهذا بيع ثان قد دخل على البيع الأول، فصار بيعتين فى بيعة، فيرد إلى أوكسهما وهو الأصل، فإن تبايعا البيع الثانى قبل فسخ الأول كانا قد دخلا فى الربا والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: فى مذاهب العلماء فيمن باع بألف مثقال ذهب وفضة، مذهبنا: أنه بيع باطل.

وقال أبو حنيفة[(٢)]: يصح ويكون الثمن نصفين، واحتج أصحابنا بالقياس على ما لو باعه بألف، بعضه ذهب وبعضه فضة، فإنه لا يصح.

قال المصنف - رحمه الله تعالى: وإن باع بثمن مؤجل لم يجز إلى أجل مجهول، كالبيع إلى العطاء؛ لأنه عوض فى بيع، فلم يجز إلى أجل مجهول، كالمسلم فيه.

الشرح: اتفقوا على أنه لا يجوز البيع بثمن إلى أجل مجهول؛ لما ذكره المصنف.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٤٦١)

(٢) قال في المبسوط (١٢/ ١٦٢): إذا باع جارية بألف مثقال ذهب وفضة أو درهم ودنانير له من كل واحد منهما النصف.

وقوله: «عوض فى بيع» احتراز من الجعل فى الجعالة؛ فإنه يستحقه عند فراغ العمل وهو وقت مجهول. قال أصحابنا: فإذا باع بمؤجل إلى الحصاد أو إلى العطاء لم يصح، وإن كان إلى وقت استحقاق العطاء، وهو معلوم لهما صح، وابتدأ الأجل من العقد على المذهب، وقيل: فيه وجهان كابتداء مدة خيار الثلاث:

أحدهما: من العقد.

والثانى: من التفرق، وسبقت المسألة واضحة فى مسائل خيار الشرط، وفى الأجل مسائل، وفروع كثيرة، ذكرها المصنف والأصحاب فى كتاب السلم، وهناك نوضحها، إن شاء الله تعالى.

فرع: قال الرويانى: لو باع بثمن مؤجل إلى ألف سنة بطل العقد للعلم بأنه لا يعيش ألف سنة، قال الرافعى: فعلي هذا الشرط فى صحة الأجل احتمال بقائه إليه.

قلت: الصواب أنه لا يشترط احتمال بقائه إليه، بل ينتقل إلى وارثه ثم وارثه، وهلم جرا، ولكن لا يصح التأجيل بألف سنة وغيرها مما لا يعتقد بقاء الدنيا إليه.

فرع: قال أصحابنا: إنما يجوز الأجل إذا كان العوض فى الذمة.

فأما إذا أجل تسليم المبيع أو الثمن المعين، بأن قال: اشتريت بهذه الدراهم على أن أسلمها فى وقت كذا فالعقد باطل.

فرع: قال أصحابنا: ولو حل الأجل وأجل المشترى البائع مدة أخرى، أو زاد فى الأجل قبل حلول الأجل المضروب، فهو وعد لا يلزم عندنا خلافا لأبى حنيفة، ووافقنا على أن بدل الإتلاف لا يتأجل بالتأجيل، ولو أوصى من له دين حال على إنسان بإمهاله مدة لزم ورثته إمهاله تلك المدة؛ لأن التبرعات بعد الموت تلزم، وممن ذكره المتولى، ولو أسقط من عليه دين مؤجل الأجل، فهل يسقط حتى يتمكن المستحق من مطالبته فى الحال؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا يسقط لأن الأجل صفة تابعة، والصفة لا تفرد بالإسقاط، ألا ترى أن مستحق الحنطة الجيدة أو الدنانير الصحاح لو أسقط صفة الجودة والصحة لم يسقط؟.

فرع: فى مذاهب العلماء فى البيع إلى العطاء والحصاد ونحوهما من الآجال المجهولة، قد ذكرنا أنه لا يصح عندنا.

قال ابن المنذر: وبه قال ابن عباس وأبو حنيفة[١].

وقال مالك[٢] وأحمد[٣] وأبو ثور: يجوز بثمن إلى الحصاد والدياس والعطاء ونحو ذلك لأنه معروف.

قال ابن المنذر: وروينا ذلك عن ابن عمر.

قال: وقال ابن أبي ليلى: إذا باع إلى العطاء صح، وكان الثمن حالا قال: وقول ابن عباس أصح.

قال المصنف - رحمه الله تعالى - : ولا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل كمجيء الشهر وقدوم الحاج؛ لأنه بيع غرر من غير حاجة فلم يجز، ولا يجوز بيع المنابذة، وهو أن يقول إذا نبذت هذا[٤] الثوب فقد وجب البيع، ولا بيع الملامسة وهو أن يمس الثوب بيده ولا ينشره، وإذا مسه فقد وجب البيع؛ لما روى أبو سعيد الخدري قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعَتَيْنِ: الْمُنَابَذَةِ وَالْمُلَامَسَةِ»، والمنابذة: أن يقول: إذا نبذت هذا الثوب فقد وجب البيع.

والملامسة: أن يمسه بيده ولا ينشره، فإذا مسه فقد وجب البيع، ولأنه إذا علق وجوب البيع على نبذ الثوب فقد علق البيع على شرط، وذلك لا يجوز، وإذا لم ينشر الثوب فقد باع مجهولا وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز.

ولا يجوز بيع الحصى، وهو أن يقول: بعتك ما وقع عليه الحصى من ثوب أو أرض؛ لما روى أن النبي ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْحَصَى» ؛ ولأنه بيع مجهول من غير

---

(١) في الجواهرة النيرة (١/ ٢٠٤): لا يجوز البيع إلى الحصاد والدباسي والقطاف وقدوم الحاج؛ لأن هذه آجال تتقدم وتتأخر فتصير مجهولة.

(٢) قال في المدونة (٣/ ١٩٦): في البيع إلى الحصاد والدراس والعطاء قلت : ما قول مالك فيمن باع إلى الحصاد أو إلى الجداد أو إلى العصير أو إلى العطاء أو النيروز أو المهرجان أو فصح النصارى أو إلى صوم النصارى أو إلى الميلاد قال : قال مالك : من باع إلى الحصاد أو إلى الجداد أو إلى العصير فذلك جائز لأن ذلك معروف، قال مالك : وإن كان العطاء له وقت معروف فالبيع إليه جائز قال ابن القاسم : ولم نسأل مالكا عن النيروز والمهرجان وفصح النصارى ولا صوم النصارى ولا الميلاد ولكن إذا كان وقتا معلوما فذلك جائز لا بأس به.

(٣) قال في الفروع (٤/ ٨٥): وإن أجلا في سلم أو بيع إلى حصاد لم يصح على الأصح؛ كشرطه مبهما في أحد العبدين.

(٤) في أ: إليك.

حاجة فلم يجز، ولا يجوز بيع حبل الحبلة لما روى ابن عمر - رضى الله عنهما - قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ حَبَلِ الْحَبَلَةِ»، واختلف فى تأويله.

فقال الشافعى - رضى الله عنه - هو بيع السلعة بثمن إلى أن تلد الناقة ويلد حملها.

وقال أبو عبيد: هو بيع ما يلد حمل الناقة، فإن كان على ما قال الشافعى - رحمه الله - فهو بيع بثمن إلى أجل مجهول، وقد بينا أن ذلك لا يجوز.

وإن كان على ما قال أبو عبيد فهو بيع معدوم ومجهول، وذلك لا يجوز ولا يجوز بيعتان فى بيعة؛ لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ» فيحتمل أن يكون المراد به أن يقول: بعتك هذا بألف نقدا أو بألفين نسيئة، فلا يجوز للخبر، ولأنه لم يعقد على ثمن معلوم.

ويحتمل أن يكون المراد به أن يقول: بعتك هذا بألف على أن تبيعنى دارك بألف، فلا يصح للخبر، ولأنه شرط[(١)] فى عقد، وذلك لا يصح فإذا سقط وجب أن يضاف إلى ثمن السلعة بإزاء ما سقط من الشرط وذلك مجهول، فإذا أضيف إلى الثمن صار مجهولا فبطل.

الشرح: أما حديث أبى سعيد [(٢)] فرواه البخارى ومسلم مع تفسيره.

وأما حديث النهى [(٣)] عن بيع الحصاة فرواه مسلم فى صحيحه من رواية

---

(١) فى أ: سلف.

(٢) أخرجه البخارى (١٠/ ٢٧٨)، فى اللباس باب اشتمال الصماء (٥٨٢٠)، ومسلم (٣/ ١١٥٢) فى البيوع باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة (٣/ ١٥١٢).

(٣) أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٣) كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع الحصاة والبيع الذى فيه غرر، حديث (٤/ ١٥١٣)، وأبو داود (٣/ ٢٥٤) كتاب: البيوع، باب: فى بيع الغرر، حديث (٣٣٧٦)، والترمذى (٣/ ٥٣٢) كتاب: البيوع، باب: ما جاء فى كراهية بيع الغرر، حديث (١٢٣٠)، والنسائى (٧/ ٢٦٢) كتاب: البيوع، باب: بيع الحصاة، وابن ماجه (٢/ ٧٣٩) كتاب: التجارات، باب: النهى عن بيع الحصاة، حديث (٢١٩٤)، وأحمد (٢/ ٣٧٦، ٤٣٦، ٤٣٩)، والدارمى (٢/ ٢٥١) كتاب: البيوع، باب: النهى عن بيع الغرر، (٢/ ٢٥٤) كتاب: البيوع، باب: فى بيع الحصاة، وابن الجارود فى المنتقى رقم (٥٩٠)، والدارقطنى (٣/ ١٥ - ١٦) كتاب: البيوع رقم (٤٧)، والبيهقى (٥/ ٢٦٦) كتاب: البيوع، باب: من قال: لا يجوز بيع العين الغائبة، والبغوى فى شرح السنة (٤/ ٢٩٧) كلهم من طريق عبيد الله عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر.

=

أبى هريرة.

وأما حديث [(١)] ابن عمر فى حبل الحبلة فرواه البخارى ومسلم.

وأما حديث أبى هريرة[(٢)] فى النهى عن بيعتين فى بيعة فهو صحيح سبق بيانه قريبا فى الفصل الذى قبل هذا وبسطنا القول فيه وقوله: «وهو أن يمس» هو بفتح الياء والميم ويجوز ضم الميم فى لغة قليلة، وننكر على المصنف قوله وروى فى حديث النهى عن بيع الحصاة؛ فأتى به بصيغة التمريض الموضوعة للضعيف مع أنه حديث صحيح كما أوضحناه.

وقوله: «حبل الحبلة» هو بفتح الباء فيهما.

قال أهل اللغة: الحبلة هنا جمع حابل كظالم وظلمة، وفاجر وفجرة، وكاتب وكتبة.

= وقال الترمذى: حديث حسن صحيح.

وقال البغوى: هذا حديث صحيح.

(١) أخرجه مالك (٢/ ٦٥٣ - ٦٥٤) كتاب: البيوع، باب: ما لا يجوز من بيع الحيوان، حديث (٦٢)، والبخارى (٤/ ٣٥٦) كتاب: البيوع، باب: بيع الغرر وحبل الحبلة، حديث (٢١٤٣)، ومسلم (٣/ ١١٥٣ - ١١٥٤) كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع حبل الحبلة، حديث (٥، ٦/ ١٥١٤)، والترمذى (٣/ ٥٣١) كتاب: البيوع، باب: ما جاء فى بيع حبل الحبلة، حديث (١٢٢٩)، وأحمد (٢/ ٦٣، ١٠٨) وأبو داود (٢/ ٢٧٥) كتاب: البيوع، باب: فى بيع الغرر، حديث (٣٣٨٠)، والنسائى (٧/ ٣٩٤) كتاب: البيوع، باب: تفسير ذلك، وأبو يعلى (١٠/ ١٩١) رقم (٥٨٢١)، وأبو نعيم فى الحلية (٦/ ٣٥٢)، والبيهقى (٥/ ٣٤٠) كتاب: البيوع، باب: النهى عن بيع حبل الحبلة، والبغوى فى شرح السنة (٤/ ٣٠١) من طريق نافع عن ابن عمر؛ أن النبى ﷺ نهى عن بيع حبل الحبلة.

وقال الترمذى: حديث ابن عمر حديث حسن صحيح.

وزاد البخارى: «وكان بيعًا يتبايعه أهل الجاهلية، كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم تنتج التى فى بطنها». وهذا من كلام نافع.

وللحديث طريق آخر عن ابن عمر:

أخرجه أحمد (٢/ ١١)، والحميدى (٢/ ٣٠٣) رقم (٦٨٩)، والنسائى (٧/ ٢٩٣) كتاب: البيوع، باب: بيع الحبلة، وابن ماجه (٢/ ٧٤٠) كتاب: التجارات، باب: النهى عن شراء ما فى بطون الأنعام وضروعها، حديث (٢١٩٧) من طريق سفيان: حدثنا أيوب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر به.

وأخرجه أبو يعلى (١٠/ ٢٢) رقم (٥٦٥٣) من طريق حماد بن سلمة عن أيوب عن سعيد ابن جبير ونافع عن ابن عمر.

(٢) تقدم.

قال الأخفش يقال: حبلت المرأة فهى حابل، ونسوة حبلة.

وقال ابن الأنبارى وغيره: الهاء فى الحبلة للمبالغة واتفق أهل اللغة على أن الحبل مختص بالآدميات، وإنما يقال فى غيرهن: الحمل، يقال حملت المرأة ولدا وحبلت بولد، وحملت الشاة - بالميم - وكذا البقرة والناقة ونحوها، قال أبو عبيد: لايقال لشيء من الحيوان: حبل غير الآدمى إلا ما جاء فى هذا الحديث.

واختلف العلماء فى تفسيره على قولين ذكرهما المصنف فالذى حكاه عن الشافعى، وهو تفسير ابن عمر راوى الحديث ثبت ذلك عنه فى الصحيحين وبه قال مالك وآخرون والذى حكاه عن أبى عبيد، قاله أيضا أبو عبيدة معمر بن المثنى شيخ أبى عبيد، وقاله أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه وهو أقرب إلى اللغة، ولكن المذكور عن الشافعى وموافقيه أقوى لأنه تفسير الراوى وهو أعرف، وعلى التقديرين البيع باطل بالإجماع، لما ذكره المصنف واعلم أن أبا عبيد الذى ذكره المصنف هنا فى التنبيه هو بإسقاط الهاء فى آخره وهو القاسم بن سلام الإمام المشهور فى علوم كثيرة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما بيع المنابذة ففيه تأويلات:

أحدها: أن يجعل نفس النبذ بيعا قاله الشافعى وغيره، وهو بيع باطل.

قال الرافعى: قال الأصحاب: ويجيء فيه الخلاف فى المعاطاة فإن المنابذة مع قرينة البيع هى نفس المعاطاة.

والثانى: أن يقول: بعتك على أنى إذا نبذته إليك انقطع الخيار، ولزم البيع، وهو بيع باطل.

والثالث: أن المراد بنبذ[1] الحصاة الذى سنذكره، إن شاء الله تعالى.

وأما بيع الملامسة ففيه تأويلات:

أحدها: تأويل الشافعى وجمهور الأصحاب، وهو أن يأتى بثوب مطوى أو فى ظلمة فيلمسه المستلم، فيقول صاحبه: بعتكه بكذا، بشرط أن يقوم لمسك مقام نظرك، ولا خيار لك إذا رأيته.

والثانى: أن يجعلا نفس اللمس بيعا، فيقول إذا لمسته فهو بيع لك.

---

(١) فى أ: نبذ.

والثالث: أن يبيعه شيئا على أنه متى لمسه انقطع خيار المجلس وغيره، ولزم البيع، وهذا البيع باطل على التأويلات كلها، وفى الأول احتمال لإمام الحرمين، وقال صاحب التقريب: تفريعا على صحة نفى خيار الرؤية قال: وعلى التأويل الثانى له حكم المعاطاة.

والمذهب: الجزم ببطلانه على التأويلات كلها.

وأما بيع الحصاة ففيه تأويلات:

أحدها: أن يقول: بعتك من هذه الأثواب ما تقع عليه الحصاة التى أرميها، أو بعتك من هذه الأرض من هنا إلى حيث تنتهى إليه هذه الحصاة.

والثانى: أن يقول بعتكه على أنك بالخيار إلى أن أرمى الحصاة.

والثالث: أن يجعلا نفس الرمى بيعا وهو إذا رميت هذه الحصاة فهذا الثوب مبيع لك بكذا، والبيع باطل على جميع التأويلات.

وأما البيعتان فى بيعة ففيه هذان التأويلان اللذان ذكرهما المصنف، وقد نص الشافعى عليهما فى مختصر المزنى، وقد قدمناهما مع كلام الأئمة فيه، وظاهر كلام المصنف يقتضى أن التأويلين لنفسه، وليس كذلك، والله سبحانه أعلم.

فرع: مختصر ما ذكره المصنف فى هذا الفصل أن[1] لا يجوز بيعتان فى بيعة، ولا بيع حبل الحبلة ولا بيع الحصاة والمنابذة والملامسة، ولا تعليق البيع على شرط مستقبل بأن يقول: إذا جاء المطر أو قدم الحاج أو إذا جاء زيد أو إذا غربت الشمس أو ما أشبه هذا فقد بعتكه، وهذا عقد باطل بلا خلاف للحديث الصحيح فى النهى عن الغرر.

[فرع: لو قال بعتك هذا بألفٍ نقدًا. وبألفين نسيئة، أو بعتك نصفه بألف، ونصفه بألفين صح بلا خلاف، فلو قال بعتكه بألف نصفه بستمائة لم يصح البيع؛ لأن أول كلامه يقتضى توزيع الثمن على المثمن بالسوية وآخره يناقضه][2].

قال المصنف رحمه الله تعالى: ولا يجوز مبايعة من يعلم أن جميع ماله حرام، لما روى أبو مسعود البدرى أن النبى ﷺ: «نَهَى عَنْ حُلْوَانِ الْكَاهِنِ وَمَهْرِ الْبَغِىّ» وَعَن

(١) فى أ: أنه.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

الزُّهرى «فِى امْرَأَةٍ زَنَتْ بِمَالٍ عَظِيمٍ قَالَ: لاَ يَصْلُحُ لِمَوْلاَهَا أَكْلُهُ؛ لأن النَّبِى ﷺ نَهَى عَنْ مَهْرِ الْبَغِى» فإن كان معه حلالٌ وحرام كره مبايعته، والأخذ منه، لما روى النعمان ابن بشير قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الْحَلاَلُ بَيِّنٌ وَالْحَرَامُ بَيِّنٌ وَبَيْنَ ذَلِكَ أُمُورٌ مُشْتَبِهَاتٌ وَسَأَضْرِبُ لِكُمْ فِى ذَلِكَ مَثَلاً: إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى حَمَى حِمًى وَإِنَّ حِمَى اللَّهِ حَرَامٌ، وَإِنَّ مَنْ يَرْعَى حَوْلَ الْحِمَى يُوشِكُ أَنْ يُخَالِطَ الْحِمَى»، وإن بايعه وأخذ منه جاز؛ لأن الظاهر مما فى يده أنه له فلا يحرم الأخذ منه.

الشرح: حديث أبى مسعود، وحديث النعمان، رواهما البخارى ومسلم فى صحيحيهما، واسم أبى مسعود : عقبة بن عمرو الأنصارى البدرى. قال جمهور العلماء : قيل له : البدرى؛ لأنه سكن بدرًا، ولم يشهدها. وقال الزهرى، ومحمد ابن إسحاق، والبخارى : شهدها مع النبى ﷺ .

وحلوان الكاهن - بضم الحاء - هو ما يعطاه الكاهن والمنجم ونحوهما على كهانته، وهو حرام بإجماع المسلمين، وكذلك الذى يضرب بالشعير، وبالحصا، وبالرمل - كل هؤلاء لا يحل لهم ما يأخذونه بالإجماع، وقد أوضحت ونقلت كلام الأئمة فيه فى تهذيب اللغات وشرح صحيح مسلم.

ومهر البغى : هو ما تُعْطاه على الزنى، وهو حرام بالإجماع، وقد ثبت فى صحيح البخارى عن أبى جحيفة - رضى الله عنه - أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الدم، وثمن الكلب، وكسب الأمة. المراد بكسب الأمة : هو كسبها بالزنى، وكان ذلك معتادًا فى الجاهلية، يعممونه عند الإطلاق.

وقوله ﷺ: «يوشك» هو بضم الياء وكسر الشين أى: يسرع.

وأما حكم المسألة: فإن كان جميع مال الإنسان حرامًا كالمكاس، والبغايا، والمشعبذين ونحوهم، فإن باعه بعين ذلك المال لم يصح، وإن باعه بثمن فى ذمته صح، ويثبت العوض فى ذمته، فإن أراد أن يوفيه إياه من الحرام لم يجز له أخذه، ولم يجبر عليه.

أما إذا كان فى ماله حلال وحرام، ولم يتمحض : فإن كان الحلال أكثر كرهت مبايعته بعين ذلك المال، ولا يحرم بلا خلاف إلا أن يتحقق مبايعته بنفس الحرام.

أما دليل كراهته فحديث النعمان بن بشير الذى ذكره المصنف - والحديث صحيح - أن النبى ﷺ قال : «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك».

وأما عدم تحريمه فللحديث المشهور في الصحيح أن النبى ﷺ رهن درعه عند يهودى على شعير لأهله، ومعلوم أن اليهود لا يحترزون عن الربا وثمن الخمر والمعاملات الفاسدة.

وأما إذا كان أكثر ماله حرامًا، فقطع المصنف وكثيرون - أو والأكثرون - بأنه يكره مبايعته ولا تحرم. وقال الشافعى فى مختصر المزنى : «لا أحب مبايعة من أكثر ماله حرام، ولا أفسخ البيع؛ لإمكان الحلال فيه» هذا نصه.

واتفق الأصحاب فى جميع الطرق على أنه تكره مبايعته كراهة تنزيه ولا تحرم، ولم يفرقوا بين أن يكون متميزًا أو مختلطًا، بل جزموا بأنه وإن كان مختلطًا لا يحرم، وأطلق الشيخ أبو حامد فى مواضع من تعليقه : أنه يكره ولا يحرم كما قاله الأصحاب، وذكر فى آخر باب الرد بالعيب : أنه إن كان الحلال متميزًا عنده من الحرام كره ولا يحرم، فإن كان مختلطًا حرمت مبايعته والأخذ من ماله، ووافقه على ذلك الغزالى فى الإحياء وهذا الذى قالاه شاذ مخالف لنص الشافعى والأصحاب.

واحتج الأصحاب بأن المال الذى تقع المبايعة به هو فى يده، ومحكوم له بملكه ظاهرًا؛ وإنما حكمنا بالظاهر.

قال إمام الحرمين : فإن قيل: هلا خرجتم تحريمه على القولين فيما يغلب على الظن نجاسته، هل نحكم بالطهارة أم النجاسة؟.

قلنا : لأنا صادفنا هنا أصلًا مرجوعًا إليه فى الأملاك وهو اليد فاعتمدناه، ولم نجد فى النجاسة والطهارة أصلًا إلا استصحاب الطهارة، والله أعلم.

فرع: قال القاضى أبو الطيب، وصاحب الشامل، والرويانى والمتولى، وسائر الأصحاب فى الطريقين : لو دخل إنسان قرية فيها عبدة الأوثان أو المجوس لم يجز أكل الذبيحة فيها، وإن أمكن أن يذبحها مسلم أو كتابى؛ لأن الأصل فى الحيوان التحريم حتى تتحقق الذكاة المبيحة، فلا يزول ذلك الأصل إلا بيقين أو ظاهر، وليس هنا واحد منهما بخلاف ما إذا كان ذلك فى بلاد المسلمين، فإنها تحل؛ لأن الظاهر أنها ذكاة مسلم، فتركنا الأصل بالظاهر القوى، والله أعلم.

فرع: قال الشيخ أبو حامد والأصحاب فى هذا الموضع :

الشك ثلاثة أضرب : شك طرأ على أصل حرام.

وشك طرأ على أصل مباح.

وشك لا يعرف أصله.

فالأول : مثل أن يجد شاة مذبوحة فى بلد فيه مسلمون ومجوس فلا تحل؛ لأن أصلها حرام، وشككنا فى الذكاة المبيحة.

أما إذا وجدها فى بلد غالب أهله مسلمون، وإن كان فيه أفراد من المجوس، فيجوز أكلها؛ عملًا بالغالب والظاهر.

والضرب الثانى : أن يجد ماءً متغيرًا، ويحتمل أن تغيره بنجاسة، ويحتمل بطول المكث، فيحل استعماله مع الشك، ويجوز الوضوء به؛ عملًا بأصل الطهارة.

وكذلك إذا شك فى الطلاق والعتق ونحوهما.

والضرب الثالث : كمسألتنا : وهى من أكثر ماله حرام، ولم نتحقق هذا الذى يبايعنا به، فلا تحرم مبايعته؛ لإمكان الحلال، وعدم دليل التحريم، ولكن تكره؛ خوفاً من الوقوع فى الحرام، والله أعلم.

فرع : قال الشيخ أبو حامد فى تعليقه وصاحب البيان عن الأموال المأخوذة من السلطان الجائر بجباية الحرام؛ كالمكس والمصادرة ونحو ذلك: لها حكم معاملة من فى ماله حرام وحلال فيفرق بين قلتها وكثرتها، وتختلف الكراهة فى التخفيف والتشديد بحسب ذلك، ولا يكون ذلك حراماً إلا إذا تيقن أن هذا من الحرام الذى يمكن معرفة صاحبه، سواء دفع السلطان ذلك جائزة أو فى معاملة.

فرع : هذا الذى ذكرناه هو كلام الشافعى وجميع الأصحاب فى جميع كتب المذهب، وشذ الغزالى فقال فى الإحياء فى كتاب الحلال والحرام : إنه يحرم مبايعة من أكثر ماله حرام، وأخذ المال من السلطان إذا كان أكثر مال السلطان حرامًا كما هو الغالب.

وهذا الذى قاله شاذ مردود، وليس من مذهبنا؛ وإنما حكاه أصحابنا عن الأبهرى المالكى.

فرع : قال الغزالى فى الإحياء : الورع أربعة أقسام :

أحدها : ورع الشهود : وهو الامتناع مما يسقط الشهادة.

الثانى : ورع الصالحين والمتعبدين : وهو ترك ما يتطرق إليه احتمال التحريم، وإن كان المفتى يفتى بحله؛ عملا بالظاهر أو الأصل، والمراد إذا كان الاحتمال له متوقعًا.

أما الاحتمال البعيد فلا أثر له، كمن يمتنع من الاصطياد لاحتمال أن هذا الصيد ملكه إنسان، ثم أفلت منه، فترك هذا ليس بورع، بل وسواس.

الثالث : ما لا يحرمه المفتي ولا شبهة فيه، ولكن يخاف الجر إلى حرام، وهذا الذي يقال فيه : ترك ما لا بأس به مخافة ما به بأس، وهذا ورع المتقين.

والرابع : ما ليس فيه شيء مما سبق، ولكن يتناوله بغير نية التقرب على العبادة، أو تتطرق إلى أسبابه كراهة. قال : وهذا ورع الصديقين.

قال :][1] وإذا اختلط[2] في البلد حرام لا ينحصر بحلال[3] لا ينحصر لم يحرم الشراء منه بل يجوز الأخذ منه، إلا أن يقترن بتلك العين علامة تدل على أنها من الحرام فإن لم يقترن فليس بحرام، ولكن تركه ورع محبوب، وكلما كثر الحرام تأكد الورع.

ولو اعتلفت الشاة علفا حراما أو رعت في حشيش حرام لم يحرم لبنها ولحمها ولكن تركه ورع؛ لأن اللحم واللبن ليس هو عين العلف، ولو امتنع من أكل طعام حلال لكونه حمله كافر أو فاسق بالزنا أو بالقتل ونحوه، لم يكن هذا ورعا بل هو وسواس وتنطع مذموم.

ولو اشترى طعاما في الذمة وقضى ثمنه من حرام نظر إن سلم البائع إليه الطعام، قبل قبض الثمن بطيب قلبه فأكله قبل قضاء الثمن فهو حلال بالإجماع، ولا يكون تركه ورعا مؤكدا، ثم إن قضى الثمن بعد الأكل فأداه من الحرام فكأنه لم يقضه، فيبقى الثمن في ذمته، ولا ينقلب ذلك الطعام المأكول حراما، فإن أبرأه البائع من الثمن مع علمه بأنه حرام برئ المشتري، وإن أبرأه ظانا حل الثمن لم تحصل البراءة؛ لأنه إنما أبرأه براءة استيفاء، ولا تحصل بذلك الاستيفاء.

وإن لم يسلم إليه بطيب قلبه بل أخذه المشتري قهرا فأكله فالأكل حرام، سواء أكله قبل توفية الثمن أو بعد توفيته من الحرام؛ لأن للبائع حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن على الصحيح، فيكون عاصيا بأكله كعصيان الراهن إذا أكل الطعام

---

(١) من أول الشرح إلى هنا سقط في ط.
(٢) في ط : الخلط.
(٣) في أ: بحرم.

المرهون بغير إذن المرتهن، وهو أخف تحريما من أكل المغصوب.

أما إذا أوفى الثمن الحرام ثم قبض المبيع - فإن علم البائع بأن الثمن حرام وأقبض المبيع برضاه سقط حقه من الحبس، وبقى الثمن له فى الذمة، ويكون أكل المشترى المبيع حلالا، وإن لم يعلم البائع كون الثمن حراما، وكان بحيث لو علم لما رضى به، ولما أقبض المبيع لم يسقط حق الحبس بهذا التدليس فالأكل حينئذ حرام كتحريم أكل طعامه المرهون، والامتناع من الأكل فى كل هذا ورع منهم.

ولو اشترى سلطان أو غيره شيئا بثمن فى الذمة شراء صحيحا وقبضه برضا البائع قبل توفية الثمن، ثم وهبه لإنسان، وكان فى مال المشترى حلال وحرام، ولم يعلم من أين يوفيه الثمن؟ لم يحرم على الإنسان الموهوب له ولكن الورع تركه، ويتأكد الورع أو يخف بحسب كثرة الحرام فى يد المشترى وقلته.

ولو اشترى إنسان شيئا فى الذمة ثم وفى ثمنه عنبا لمن عرف باتخاذ الخمر، أو سيفا لمن عرف بقطع الطريق، ونحو ذلك، كره أكل ذلك المشترى، ولم يحرم، ولو حلف لا يلبس غزل زوجته فباعت غزلها ووهبته الثمن لم يكره أكله فإن تركه فليس بورع بل وسواس.

ومن الورع المحبوب ترك ما اختلف العلماء فى إباحته اختلافا محتملا، ويكون الإنسان معتقدا مذهب إمام يبيحه، ومن أمثلته الصيد والذبيحة إذا لم يسم عليه فهو حلال عند الشافعى، حرام عند الأكثرين، والورع لمعتقد مذهب الشافعى ترك أكله.

وأما المختلف فيه الذى يكون فى إباحته حديث صحيح بلا معارض، وتأويله ممتنع أو بعيد، فلا أثر لخلاف من منعه، فلا يكون تركه ورعا محبوبا، فإن الخلاف فى هذه الحالة لا يورث شبهة، وكذلك إذا كان الشىء متفقا عليه، ولكن دليله خبر آحاد، فتركه إنسان لكون بعض الناس منع الاحتجاج بخبر الواحد، فهذا الترك ليس بورع، بل وسواس؛ لأن المانع للعمل بخبر الواحد لا يعتد به، وما زالت الصحابة فمن بعدهم على العمل بخبر الواحد.

قال: ولو أوصى بمال للفقهاء فالفاضل فى الفقه مدخل فى الوصية، والمبتدئ من شهر ونحوه لا يدخل فيه، والمتوسط بينهما درجات يجتهد [المفتى فيهما][1]،

---

(١) فى أ: المعنى فيها.

والورع لهذا المتوسط ترك الأخذ منها، وإن أفتاه المفتى فإنه داخل فى الوصية، قال: وكذا الصدقات المصروفة إلى المحتاجين قد يتردد فى حقيقة الحاجة، وكذا ما يجب من نفقة الأقارب وكسوة الزوجات وكفاية العلماء فى بيت المال.

فرع: قال الغزالى فى الإحياء: إذا قدم لك إنسان طعاما ضيافة، أو أهداه لك، أو أردت شراءه منه، ونحو ذلك، لم يطلق الورع فإنك تسأل عن حله، ولا يترك السؤال لأن السؤال قد يجب وقد يحرم، وقد يندب، وقد يكره، وضابطه أن مظنة السؤال هى موضع الريبة، ولها حالان:

أحدهما: يتعلق بالمالك.

والثانى: بالملك.

أما الأول فالمالك ثلاثة أضرب:

الضرب الأول: أن يكون مجهولا، وهو من ليس فيه علامة تدل على طيب ماله ولا فساده، فإذا دخلت قرية فرأيت رجلا لا تعرف من حاله شيئا، ولا عليه علامة فساد ماله وشبهه كهيئة الأجناد، ولا علامة طيبة كهيئة المتعبذين والتجار، فهو مجهول، ولا يقال مشكوك فيه؛ لأن الشك عبارة عن اعتقادين متقابلين لهما سببان مختلفان، قال: وأكثر الفقهاء لا يدركون الفرق بين ما لا يدرى، وبين ما يشك فيه، فالورع ترك ما لا يدرى ويجوز الشراء من هذا المجهول، وقبول هديته وضيافته، ولا يجب السؤال بل لا يجوز، والحالة هذه؛ لأنه إيذاء لصاحب الطعام، فإن أراد الورع فليتركه، وإن كان لا بد من أكله فليأكل ولا يسأل، فإن الإقدام على ترك السؤال أهون من كسر قلب مسلم وإيذائه.

الضرب الثانى: أن يكون مشكوكا فيه بأن يكون عليه دلالة تدل على عدم تقواه كلباس أهل الظلم وهيئاتهم، أو ترى منه فعلا محرما تستدل به على تساهله فى المال، فيحتمل أن يقال: يجوز الأخذ منه من غير سؤال، ولا يحرم الهجوم، بل السؤال ورع، ويحتمل أن يقال: لا يجوز الهجوم، ويجب السؤال، قال: وهو الذى نختاره ونفتى به إذا كانت تلك العلامة تدل على أن أكثر ماله حرام، فإن دلت على أن فيه حراما يسيرا كان السؤال ورعا.

الضرب الثالث: أن يعلم بممارسة ونحوها بحيث يحصل له ظن فى حل ماله أو تحريمه، بأن يعرف صلاح الرجل وديانته، فهنا لا يجب السؤال ولا يجوز، أو

يعرف أنه مراب أو مغن ونحوه، فيجب السؤال.

الحال الثانى: أن يتعلق الشك بالمال، بأن يختلط حلال بحرام، كما إذا حصل فى السوق أحمال طعام مغصوب، واشتراها أهل السوق فلا يجب السؤال على من يشترى من تلك السوق إلا أن يظهر أن أكثرما فى أيديهم حرام، فيجب السؤال، وما لم يكن الأكثر حراما يكون التفتيش ورعا لأن الصحابة رضى الله عنهم لم يمتنعوا من الشراء من الأسواق، وكانوا لا يسألون فى كل عقد، وإنما نقل السؤال عن بعضهم فى بعض الأحوال لريبة كانت.

فرع: قال الغزالى فى الإحياء: لو كان فى يد ناظر الأوقاف أو الوصايا مالان، أحدهما لموصوفين بصفة، والآخر لموصوفين بصفة أخرى، فأراد إنسان فيه صفة أحدهما دون الآخر أن يأخذ من الناظر شيئا، فإن كانت تلك الصفة ظاهرة يعرفها المتولى وهو ظاهر العدالة، جاز الأخذ من غير سؤال، وإن كانت الصفة خفية أو عرف من حال المتولى التساهل، وأنه لا يبالى بخلط المالين، وجب السؤال؛ لأنه ليس هنا علامة ولا استصحاب يعتمد.

فرع: قال: ويجوز أن يشترى دارا من دور البلد، وإن علم أن فيه دورا مغصوبة لأن ذلك اختلاط بغير محصور، والسؤال هنا ورع واحتياط، ولو كان فى البلد عشر دور فيها واحدة مغصوبة، أو وقف ولا يعرفها وجب السؤال لأنه محصور.

ولو كان فى البلد مدارس أو رباطات، خصص بعضها بالمنسوبين إلى مذهب معين، لم يجز أن يسكن فى شىء منها، ولا يأكل من وقفها حتى يسأل ويتبين الصواب.

فرع: قال: حيث قلنا: السؤال ورع فليس له أن يسأل صاحب الطعام والمال؛ لأن ذلك يغيظه فلا يرتكب إيذاء مسلم لتحصيل أمر مندوب قال: وإنما أوجبنا السؤال إذا كان الأكثر حراما، وعند ذلك لا نبالى بغيظه فإن الظالم يؤذى بأكثر من هذا، قال الحارث المحاسبى: لو كان له أخ أو صديق يأمن غيظه لو سأله فينبغى ألا يسأله أيضا للورع؛ لأنه ربما ظهر منه شىء كان مستورا يؤدى إلى البغضاء، قال الغزالى: وهذا حسن.

قال: فإن قيل: لا فائدة فى سؤال من بعض ماله حرام، فالجواب أنه متى كان فى مال الإنسان حرام مختلط، فأردت مبايعته أو الأكل من ضيافته أو هديته أو نحو

ذلك، لم يكف سؤاله ولا فائدة فيه، وإنما يسأل غيره، وإنما ينفع سؤال صاحب اليد إذا كان ثقة غير متهم، كمتولى الأوقاف من أى جهة هذا المال؟ وكما سأل النبى ﷺ عن الذى أتى به هل هو هدية أم صدقة؟ فإن ذلك لا يؤذى المسئول، ولا يتهم فيه.

وله سؤال خادمه وعبده الثقة، ومتى سأل فأخبره ثقة اعتمده، فإن أخبره فاسق وعلم بقرينة الحال أنه لا يكذب من حيث إنه لا غرض له جاز له قبوله؛ لأن المطلوب من السؤال ثقة النفس، وقد تحصل بقول الفاسق، فإن أخبره صبى مميز معروف بالتثبيت جاز قبوله، ومتى وجب السؤال فتعارض قول عدلين أو فاسقين سقطا ويجوز أن يرجح بقلبه[١] أحدهما، وبكثرة المخبرين وبمعرفتهم.

فرع: قال الغزالى: لو نهب متاع مخصوص فصادف من ذلك النوع شيئا يباع واحتمل ألا يكون من المنهوب، فإن كان ذلك فى يد من عرف بالصلاح جاز شراؤه، وكان تركه ورعا، وإن كان رجلا مجهولا: فإن كان ذلك النوع كثيرا فى البلد من غير المنهوب، جاز الشراء منه، وإن كان لا يوجد هناك غير المنهوب إلا نادرا فليس هنا دليل للحل سوى اليد، وقد عارضها علامة خاصة، وهى شكل المتاع المنهوب، فالامتناع من شرائه ورع منهم، وفى تحريمه نظر.

فرع: قال الغزالى: خادم الصوفية إذا خرج إلى السوق والبيوت وجمع طعاما وغيره، ثم قدمه للصوفية حل لهم أكله، ويحل لغيرهم الأكل منه برضاء الخادم، ولا يحل بغير رضاه، وهكذا لو كان للرجل عيال وأعطى له الناس شيئا بسبب عياله، يكون ذلك ملكا للرجل لا للعيال، وله أن يطعم منه غير العيال، وكذا ما يعطاه الخادم يقع ملكا له وإنما يطعم الصوفية وفاء بالمروءة.

فرع: قال الغزالى: الوقف على الصوفية لغيرهم أن يأكل معهم منه برضاهم، وإنما يأكل مرة أو مرتين ونحوهما لأن معنى الوقف على الصوفية الصرف إلى مصالحهم، ومبنى الأطعمة على المسامحة، ولا يجوز لمن لم يكن صوفيا الأكل معهم من الوقف على الدوام، وإن رضوا؛ لأنه ليس لهم تغيير شرط الواقف بمشاركة غير جنسهم.

وأما الفقيه إذا كان على زيهم وأخلاقهم فله النزول عليهم، أو[٢] كونه صوفيا،

---

(١) فى أ: يقتله.
(٢) فى أ: و.

وليس الجهل شرطا للتصوف.

قال: ولا يلتفت إلى حركات بعض الحمقى، وقولهم: العلم حجاب، بل الجهل هو الحجاب وكذا العلم المذموم.

فرع: قال الغزالى: قد يعطى الإنسان غيره المال تبرعا لكونه محتاجا وقد يعطيه لنسبه أو صلاحه أو نحو ذلك، فإن علم الآخذ أنه يعطيه لحاجته، لم يحل له أخذه إن لم يكن محتاجا، وإن علم أنه يعطيه لشرف نسبه لم يحل له أخذه إن كان حادثا فى النسب، وإن أعطاه لعلمه لم يحل له أخذه إلا أن يكون فى العلم كما يعتقده المعطى، وإن أعطاه لدينه وصلاحه لم يحل له الأخذ إن كان فاسقا فى الباطن فسقا لو علمه المعطى لما أعطاه.

فرع: قال الغزالى: الأرض المغصوبة إذا جعلت شارعا لم يجز المرور فيها، فإن لم يكن لها مالك معين جاز، والورع اجتنابه إن أمكن العدول عنها فإن كانت الأرض وعليها ساباط مغصوب الأخشاب ونحوها جاز المرور تحته، فإن قعد تحته لدفع حر أو برد أو مطر ونحوه فهو حرام؛ لأن السقف لا يراد إلا لهذا، قال: وكذا لو كانت أرض المسجد مباحة وسقف بحرام جاز المرور فيه ولا يجوز الجلوس لدفع حر أو برد ونحو ذلك؛ لأنه انتفاع بالحرام، هذا كلام الغزالى، وفى قوله نظر، والمختار أنه لا يحرم القعود فى هاتين الصورتين وهو من باب الانتفاع بضوء سراج غيره والنظر فى مرآته من غير أن يستولى عليهما وهما جائزان بلا خلاف.

فرع: قال الغزالى: المواضع التى بناها الظلمة كالقناطر والربط والمساجد والسقايات ينبغى أن يحتاط فيها.

أما القناطر فيجوز العبور عليها للحاجة والورع اجتنابه، وإنما جوزنا العبور، وإن وجد عنها معدلا؛ لأن تلك الآلات إذا لم يعرف لها مالك كان حكمها أن ترصد للمصالح وهذا منها، وإذا[1] عرف أن الأحجار واللبن مغصوبة من إنسان أو من مسجد أو مقبرة ونحوها فإنه يحرم العبور عليها إلا لضرورة يحل بها ذلك من مال الغير، ثم يجب الاستحلال من المالك الذى يعرفه.

وأما المسجد فإن بنى من أرض مغصوبة أو خشب مغصوب من مسجد آخر أو

---

(١) فى أ: وأما إذا.

ملك إنسان معين فيحرم دخوله لصلاة الجمعة وغيرها، وإن كان من مال لا يعرف مالكه فالورع العدول إلى مسجد آخر، فإن لم يجد لم يترك الجمعة والجماعة؛ لأنه يحتمل أنه بناه بماله ويحتمل أنه ليس له مالك معروف، فيكون للمصالح.

وأما السقايات فحكمها ما ذكرناه فالورع ترك الوضوء والشرب منها وترك دخولها إلا أن يخاف فوات وقت الصلاة.

وأما الرباط والمدرسة فإن كانت أرضها مغصوبة أو الأكناف[١] كاللبن والحجارة وأمكن ردها إلى مالكها لم يجز دخولها[٢] وإن اشتبه فله دخولها والمكث فيها والورع تركه.

قال الغزالى: إذا أمر السلطان بدفع شيء من خزانته لإنسان يستحق فى بيت المال شيئا، وعلم أن الخزانة فيها الحلال والحرام، كما هو الغالب فى هذه الأزمان، والحلال فى أيدى سلاطين هذه الأزمان عزيز أو معدوم وإذا[٣] كان [ما يدفع إليه][٤] محتملا كونه من الحلال أو كونه من الحرام فقد قال قوم: يجوز أخذه ما لم يتيقن أنه حرام، وقال آخرون: لا يجوز حتى يتحقق أنه حلال، قال: وكلاهما إسراف والأعدل أنه إن كان الأكثر حراما حرم، وإن كان حلالا ففيه توقف، هذا كلام الغزالى وهو جار على اختياره أنه إذا كان المختلط أكثره حراما حرم الأخذ منه، وقد قدمنا أن المشهور أنه مكروه وليس بحرام، وهكذا مثال خزانة السلطان يكون مكروها قال الغزالى: واحتج من جوزه بأن جماعة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم أخذوا من السلاطين الظلمة، ونوابهم الظلمة، منهم أبو هريرة وأبو سعيد الخدرى وأبو أيوب وزيد بن ثابت وجرير بن عبد الله وابن عمر وابن عباس وأنس والمسور بن مخرمة والحسن البصرى والشعبى وإبراهيم النخعى وابن أبى ليلى والشافعى وأخذ ابن عمر من الحجاج، والشافعى من هارون الرشيد، وأخذ مالك من الخلفاء أموالا كثيرة، وإنما ترك من ترك منهم الأخذ تورعا.

وعن ابن عمر أنه قبل هدية المختار بن أبى عبيد، وزعمت هذه الفرقة أن ما نقل

---

(١) فى أ: الآلات.
(٢) فى أ: دخوله.
(٣) فى أ: فإذا.
(٤) سقط فى ط.

من امتناع جماعة لا يدل على تحريم، وكما أن الخلفاء الراشدين وأبا ذر وآخرين من الزهاد، تركوا الحلال المطلق، الذى لا شبهة فيه زهدا.

قال الغزالى: والجواب عن هذا أنه قليل محصور بالإضافة إلى ما نقل من ردهم وإنكارهم، أو يحمل على أنهم تحققوا أن ذلك القدر المصروف إليهم من جهة حلال، فحينئذ يكون المدفوع إليهم حلالا ولا يضرهم كون يد السلطان مشتملة على حرام منفصل عن هذا، أو يحمل على أنهم أخذوه وصرفوه فى مصارف بيت المال، وقد قال جماعة منهم: أخذنا له كله وصرفنا إياه فى المحتاجين خير من تركه فى يد السلطان، ولهذا قال ابن المبارك: إن الذين يأخذون اليوم الجوائز ويحتجون بابن عمر وعائشة، لا يقتدون بهما؛ لأن ابن عمر فرق ما أخذ حتى استقرض فى مجلسه بعد أن فرق ستين ألفا، وكذا فعلت عائشة رضى الله عنها وكذا فعل الشافعى، أخذ من هارون الرشيد وفرقه فى الحال، فلم يدخر منه حبة، ومع هذا فإن الأموال فى زمن الخلفاء الأوائل بعد الراشدين كان ما عند السلطان منها غالبه حلال، بخلاف الأموال التى فى أيدى السلاطين فى هذه الأزمان، فإن معظمها حرام، والحلال فيها قليل جدا.

فرع: قال الغزالى: مال المصالح لا يجوز صرفه إلا لمن فيه مصلحة عامة، أو هو محتاج عاجز عن الكسب مثل من يتولى أمرا تتعدى مصلحته إلى المسلمين، ولو اشتغل بالكسب لتعطل عليه ما هو فيه، فله فى بيت المال كفايته، فيدخل فيه جميع أنواع علماء الدين، كعلم التفسير والحديث والفقه والقراءة ونحوها، ويدخل فيه طلبة هذه العلوم والقضاة والمؤذنون والأجناد ويجوز أن يعطى هؤلاء مع الغنى، ويكون قدر العطاء إلى رأى السلطان، وما تقتضيه المصلحة، ويختلف بضيق المال وسعته.

فرع: قال الغزالى: لو لم يدفع السلطان إلى كل المستحقين حقوقهم من بيت المال، فهل يجوز لأحدهم أخذ شىء من بيت المال؟ قال: فيه أربعة مذاهب:

أحدها: لا يجوز أخذ شىء أصلا ولا حبة؛ لأنه مشترك ولا يدرى حصته منه حبة أو دانق أو غيرهما، فهذا غلو.

والثانى: يأخذ كل يوم قوت يومه فقط.

والثالث: يأخذ كفايته سنة.

والرابع: يأخذ ما يعطى وهو حصته، والباقون يظلمون[١]، قال الغزالى: وهذا هو القياس؛ لأن المال ليس مشتركا بين المسلمين كالغنيمة بين الغانمين، والميراث بين الورثة؛ لأن ذلك ملك لهم حتى لو ماتوا قسم بين ورثتهم، وهنا لو مات لم يستحق وارثه إرث شيء، وهذا إذا صرف إليه ما يليق صرفه إليه.

فرع: قال الغزالى: إذا بعث السلطان إلى إنسان مالا ليفرقه على المساكين[٢] فإن عرف أن ذلك المال مغصوب لإنسان بعينه، لم يجز له أخذه وتفرقته، لكن يكره ذلك إن قارنته مفسدة بحيث يغتر به جهال ويعتقدون طيب أموال السلطان، أو يجب بقاء ذلك السلطان مع ظلمه، قال: وينبغى أن يتجنب معاملة السلطان وعلمائه وأعوانه وعمالهم.

فرع: قال الغزالى: الأسواق التى بناها السلاطين بالأموال الحرام تحرم التجارة فيها وسكناها، فإن سكنها بأجرة وكسب شيئا بطريق شرعى كان عاصيا بسكناه، ولا يحرم كسبه، وللناس أن يشتروا منه، ولكن إن وجدوا سوقا أخرى فالشراء منها أولى لأن الشراء من الأولى إعانة لسكانها وترغيب فى سكناها، وكثرة أجرتها، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: قال الغزالى: لو كان فى يده مال مغصوب من الناس معين، فاختلط بماله، ولم يتميز، وأراد التوبة، فطريقه أن يتراضى هو وصاحب المغصوب بالقسمة، فإن امتنع المغصوب منه من ذلك رفع التائب الأمر إلى القاضى ليقبض عنه، فإن لم يجد قاضيا حكم رجلا متدينا لقبض ذلك، فإن عجز تولى هو بنفسه ذلك، ويعزل[٣] قدر ذلك فيه الصرف إلى المغصوب منه سواء كان دراهم أو حبا أو دهنا أو غيره من نحو ذلك، فإذا فعل ذلك حل له الباقى، فلو أراد أن يأكل من ذلك المختلط وينفق منه قبل تمييز قدر المغصوب فقد قال قائلون: يجوز ذلك ما دام قدر المغصوب باقيا ولا يجوز أخذ الجميع، وقال آخرون: لا يجوز له أخذ شيء منه حتى يميز قدر المغصوب بنية الإبدال والتوبة.

فرع: قال الغزالى من ورث مالا ولم يعلم من أين كسبه مورثه، أمن حلال أم من

---

(١) فى أ: مظلمون.
(٢) فى أ: الناس.
(٣) فى أ: وعزل.

حرام، ولم تكن علامة؟ فهو حلال بإجماع العلماء، فإن علم أن فيه حراما وشك فى قدره أخرج قدر الحرام بالاجتهاد.

فرع: قال الغزالى: إذا كان معه مال حرام وأراد التوبة والبراءة منه: فإن كان له مالك معين وجب صرفه إليه أو إلى وكيله، فإن كان ميتا وجب دفعه إلى وارثه، وإن كان لمالك لا يعرفه ويئس[1] من معرفته فينبغى أن يصرفه فى مصالح المسلمين العامة، كالقناطر والربط والمساجد ومصالح طريق مكة، ونحو ذلك مما يشترك المسلمون فيه، وإلا فيتصدق به على فقير أو فقراء، وينبغى أن يتولى ذلك القاضى إن كان عفيفا فإن لم يكن عفيفا لم يجز التسليم إليه، فإن سلمه إليه صار المسلم ضامنا، بل ينبغى أن يحكم رجلا من أهل البلد دينا عالما فإن التحكيم أولى من الانفراد، فإن عجز عن ذلك تولاه بنفسه، فإن المقصود هو الصرف إلى هذه الجهة، وإذا دفعه إلى الفقير لا يكون حراما على الفقير، بل يكون حلالا طيبا، وله أن يتصدق به على نفسه وعياله إذا كان فقيرا؛ لأن عياله إذا كانوا فقراء فالوصف موجود فيهم، بل هم أولى من يتصدق عليه، وله هو أن يأخذ منه قدر حاجته لأنه أيضا فقير.

وهذا الذى قاله الغزالى فى هذا الفرع ذكره آخرون من الأصحاب، وهو كما قالوه، ونقله الغزالى أيضا عن معاوية بن أبى سفيان وغيره من السلف، عن أحمد بن حنبل والحارث المحاسبى وغيرهما من أهل الورع؛ لأنه لا يجوز إتلاف هذا المال ورميه فى البحر، فلم يبق إلا صرفه فى مصالح المسلمين، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: قال الغزالى: إذا وقع فى يده مال حرام من يد السلطان قال قوم: يرده إلى السلطان، فهو أعلم بما يملك، ولا يتصدق به، واختار الحارث المحاسبى هذا وقال آخرون: يتصدق به إذا علم أن السلطان لا يرده إلى المالك لأن رده إلى السلطان تكثير للظلم، قال الغزالى: والمختار أنه إن علم أنه لا يرده على مالكه فيتصدق به عن مالكه.

قلت: المختار أنه إن علم أن السلطان يصرفه فى مصرف باطل أو ظن ذلك ظنا

---

(١) فى أ: وأيس.

ظاهرا لزمه هو أن يصرفه فى مصالح المسلمين مثل القناطر وغيرها، فإن عجز عن ذلك أو شق عليه لخوف أو غيره، تصدق به على الأحوج، فالأحوج، وأهم المحتاجين ضعاف أجناد المسلمين وإن لم يظن صرف السلطان إياه فى باطل فليعطه[1] إليه أو إلى نائبه إن أمكنه ذلك من غير ضرر؛ لأن السلطان أعرف بالمصالح العامة وأقدر عليها، فإن خاف من الصرف إليه ضررا صرفه هو فى المصارف التى ذكرناها فيما إذا ظن أنه يصرفه فى باطل.

فرع: قال الغزالى: إذا كان فى يده مال بعضه حلال وبعضه فيه شبهة، وله عيال، ولا يفضل عن حاجته، فليخص نفسه بالحلال، ثم بمن يعول، وإذا ترددت حاجة نفسه بين القوت واللباس وبين غيرهما، كأجرة الحجام والصباغ والقصار والحمال، ودهن السراج وعمارة المنزل، وتعهد الدابة وثمن الحطب، ونحو ذلك - فليخص بالحلال قوته ولباسه، قال فإن تعارضا فيحتمل أن يخص القوت بالحلال؛ لأنه يمتزج بلحمه ودمه، ولأكل الحرام والشبهة أثر فى قساوة القلب.

وأما الكسوة ففائدتها دفع الحر والبرد، والستر عن الأعين، وذلك يحصل، وقال المحاسبى: يخص الكسوة بالحلال لأنها تبقى مدة، وهذا يحتمل أيضا، ولكن الأول أظهر.

فرع: قال الغزالى: الحرام الذى فى يده حيث قلنا: يتصدق به كما سبق فيتصدق به على الفقراء أو يوسع عليهم، وإذا أنفق على نفسه حيث جوزناه فليضيق ما أمكنه، وما أنفق على عياله فليقتصد، ولكن بين التوسعة والتضييق، فإن ضافه[2] إنسان: فإن كان فقيرا وسع عليه، وإن كان غنيا لم يطعمه شيئا أصلا منه، إلا أن يكون فى برية أو نحوها، بحيث لا يجد شيئا فيطعمه، فإنه حينئذ فى معنى الفقير، فإن عرف من حال الفقير أنه لو علم ذلك المال لتورع عنه، أحضر الطعام وأخبره بالحال ليكون قد جمع بين حق الضيافة وترك الخداع، ولا يكتفى بأن ذلك الفقير لا يدرى لأن الحرام إذا حصل فى المعدة أثر فى قساوة القلب وإن لم يعرف آكله.

فرع: قال الغزالى: إذا كان الحرام أو الشبهة فى يد أبيه أو أمه، فليمتنع من

---

(١) فى أ: فليدفعه.
(٢) فى أ: ضاق به.

مؤاكلتهما، فإن كرها امتناعه لم يوافقهما على الحرام، فلا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق[١]، بل ينهاهما، وإن كان ذلك شبهة يريد تركه للورع فقد عارضه طلب رضاهما وهو واجب، فليتلطف فى الامتناع، فإن عجز فليأكل وليقلل من ذلك، وليصغر اللقمة ويطل المضغة، ولا يتوسع منه، قال: والأخت والأخ قريب من الأب والأم، فإن حقهما مؤكد، قال: وكذلك إذا ألبسته أمه ثوبا من شبهة، وكانت تسخط لو رده، فليقبله وليلبسه بين يديها، وينزعه إذا غاب عنها ويجتهد ألا يصلى فيه إلا بحضرتها.

فرع: قال الغزالى: إذا لم يكن فى يده إلا مال حرام محض فلا حج عليه ولا زكاة ولا تلزمه كفارة مالية، فإن كان مال شبهة فليس بحرام محض[٢]، لزمه الحج إن أبقاه فى يده؛ لأنه محكوم بأنه ملكه، وكذا الباقى.

فرع: قال الغزالى: إذا كان فى يده مال حرام لا يعرف له صاحب، وجوزنا له إنفاقه على نفسه للحاجة كما سبق تفصيله، فأراد أن يتطوع بالحج، فإن كان ماشيا جاز، وإن كان يحتاج إلى مركوب لم يجز؛ لأنا جوزنا له الأكل للحاجة، ولا نجوز ما لا ضرورة إليه كما لا يجوز له شراء المركوب فى البلد من هذا المال.

فرع: قال الغزالى: من خرج إلى الحج بمال فيه شبهة فليجتهد أن يكون قوته فى جميع طريقه من حلال، فإن عجز فليكن من حين الإحرام إلى التحليل وليجتهد فى الحلال فى يوم عرفة، والله سبحانه أعلم.

وهذا آخر الفروع التى انتخبتها من إحياء علوم الدين، وبالله التوفيق.

فرع: قال ابن المنذر: اختلفوا فى مبايعة من يخالط ماله حرام، وقبول هديته وجائزته، فرخص فيه الحسن ومكحول والزهرى والشافعى، قال الشافعى: ولا أحب ذلك، وكره ذلك طائفة، قال: وكان ممن لا يقبل ذلك ابن المسيب والقاسم ابن محمد وبشر بن سعيد والثورى ومحمد بن واسع وابن المبارك وأحمد بن حنبل [رضى الله عنهم] أجمعين.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ويكره بيع العنب ممن يعصر الخمر، والتمر ممن

---

(١) فى أ: الله تعالى.
(٢) فى أ: متيقن.

يعمل النبيذ، وبيع السلاح ممن يعصى الله تعالى به؛ لأنه لا يأمن أن يكون ذلك معونة على المعصية فإن باع منه صح البيع؛ لأنه قد لا يتخذ الخمر ولا يعصى الله سبحانه وتعالى بالسلاح.

الشرح: قال الشافعى رحمه الله فى المختصر: أكره بيع العنب[1] ممن يعصر الخمر والسيف ممن يعصى الله تعالى به، ولا أنقض هذا البيع، هذا نصه قال أصحابنا: يكره بيع العصير لمن عرف باتخاذ الخمر، والتمر لمن عرف باتخاذ النبيذ، والسلاح لمن عرف بالعصيان بالسلاح، فإن تحقق اتخاذه لذلك خمرا ونبيذا وأنه يعصى بهذا السلاح، ففى تحريمه وجهان حكاهما ابن الصباغ والمتولى والبغوى فى شرح المختصر والرويانى وغيرهم:

أحدهما - نقله الرويانى والمتولى عن أكثر الأصحاب - : يكره كراهة شديدة، ولا يحرم.

وأصحهما: يحرم وبه قطع الشيخ أبو حامد والغزالى فى الإحياء وغيرهما من الأصحاب، فلو باعه صح على الوجهين، وإن كان مرتكبا للكراهة أو التحريم، قال الغزالى فى الإحياء: وبيع الغلمان المرد الحسان لمن عرف بالفجور بالغلمان كبيع العنب للخمار، قال: وكذا كل تصرف يفضى إلى معصية.

فرع: ذكرنا أن بيع السلاح لمن عرف عصيانه بالسلاح مكروه، قال أصحابنا: يدخل فى ذلك قاطع الطريق والبغاة وحكمه [حكمهم].

وأما بيع السلاح لأهل الحرب فحرام بالإجماع، ولو باعهم إياه لم ينعقد البيع على المذهب الصحيح، وبه قطع جماهير الأصحاب فى الطريقتين، ونقله إمام الحرمين والغزالى عن الأصحاب وحكينا وجها لهما والماوردى والشاشى[2] والرويانى شاذا أنه يصح مع أنه حرام، قال الغزالى: هذا الوجه منقاس، ولكنه غير مشهور.

واحتجوا للمذهب بأنهم يعدون السلاح لقتالنا، فالتسليم إليهم معصية، فيصير بائعا ما يعجز عن تسليمه شرعا، فلا ينعقد، قال الماوردى والرويانى: هذان

---

(١) فى أ: العصير.

(٢) فى أ: والشافعى.

الوجهان مخرجان من قول الشافعى فى صحة بيع العبد المسلم للكافر قال الرويانى: فإن صححناه أمر بإزالة الملك فيه، كما فى شرائه العبد المسلم، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما بيع السلاح لأهل الذمة فى دار الإسلام ففيه طريقان:

أحدهما وبه قطع إمام الحرمين والجمهور: صحته؛ لأنهم فى أيدينا فهو كمبيعه لمسلم.

والثانى: فى صحته وجهان، حكاهما المتولى والبغوى فى كتابيه التهذيب وشرح المختصر والرويانى وغيرهم.

وأما بيع الحديد لأهل الحرب فاتفق الأصحاب على صحته؛ لأنه لا يتعين لاستعماله فى السلاح، وقد يستعملونه فى آلات المهنة كالمساحى وغيرها، وممن صحح[1] بالمسألة وجزم بها إمام الحرمين والبغوى فى كتابيه وآخرون، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ولا يجوز بيع المصحف ولا العبد المسلم للكافر؛ لأنه يعرض العبد للصغار والمصحف للابتذال، فإن باعه منه ففيه قولان:

أحدهما: أن البيع باطل؛ لأنه عقد منع منه لحرمة الإسلام فلم يصح، كتزويج المسلمة من الكافر.

والثانى: يصح لأنه سبب يملك به العبد الكافر، فجاز أن يملك به العبد المسلم كالإرث.

فإذا قلنا: بهذا أمرناه بإزالة ملكه[2]؛ لأن فى تركه فى ملكه صغارا على الإسلام فإن باعه أو أعتقه جاز، وإن كاتبه ففيه قولان:

أحدهما: يقبل منه؛ لأن بالكتابة يصير كالخارج من ملكه فى التصرفات.

والثانى: لا يقبل لأنه عقد لا يزيل الملك فلا يقبل[3] منه كالتزويج والإجارة، فإن ابتاع الكافر أباه المسلم ففيه طريقان:

أحدهما: أنه على القولين.

---

(١) فى أ: صرح.
(٢) فى أ: الملك.
(٣) فى أ: يجوز.

والثانى: أنه يصح قولا واحدا لأنه يحصل له من الكمال بالحرية أكثر مما يلحقه من الصغار بالرق.

الشرح: قال أصحابنا رحمهم الله: يتصور ملك الكافر عبدا مسلما وجارية مسلمة فى صور:

منها: أن يسلم عبده أو أمته فلا يزول ملكه بنفس الإسلام بلا خلاف، لكن يؤمر بإزالة الملك.

ومنها: لو أسلم عبده فمات السيد قبل أن يزيل ملكه عنه وورثه أقاربه الكفار فقد دخل فى ملكهم هذا العبد المسلم بلا خلاف، ويؤمرون بإزالة الملك كما ذكرنا.

وأما إذا اشترى الكافر عبدا مسلما من مسلم أو غيره، فهذا البيع حرام بلا خلاف، وفى صحته قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما، وقد صرح المصنف بأن القولين إنما هما فى صحة البيع، وإنما التحريم بلا خلاف، وكذا صرح به الدارمى والأصحاب، ونقل الرويانى فى البحر اتفاق الأصحاب عليه، وإنما الخلاف فى صحة البيع، قال أصحابنا: القول ببطلان البيع هو نصه فى الإملاء، والقول بصحته هو نصه فى الأم وغيره، قال الشيخ أبو حامد فى تعليقه والرويانى فى البحر: القول بالصحة هو نصه فى عامة كتبه.

واختلفوا فى الأصح من القولين فصحح الشيخ أبو حامد فى تعليقه، وصاحب البيان القول بالصحة، وصحح الجمهور قول البطلان، وهو الصحيح، ممن صححه المصنف فى التنبيه والجرجانى فى التحرير البغوى والغزالى وصاحب الانتصار والرافعى وآخرون.

قال أصحابنا: ويجرى القولان فى تملكه العبد المسلم بالسلم والهبة والوصية ونحوها، والأصح أنه لا يملك فى الجميع، قال المتولى والرويانى: القولان فى الوصية إنما هما إذا قلنا يملك بالقبول.

وإن قلنا: بالموت ملك بلا خلاف كالإرث.

أما إذا اشترى الكافر مصحفا ففيه طريقان مشهوران:

أحدهما - وبه قطع المصنف وجماعة - : أنه على القولين كالعبد.

أصحهما: أنه لا يصح البيع.

والثانى: يصح.

والطريق الثانى: القطع بأنه لا يصح البيع، وقطع به جماعة وصححه آخرون، والخلاف إنما هو فى صحة البيع، ولا خلاف أنه حرام.

وفرق الأصحاب بين المصحف والعبد على الطريق السابق بأن المصحف لا يدفع عن نفسه الامتهان والابتذال بخلاف العبد، واتفق الأصحاب على أن بيع كتب حديث النبى ﷺ له حكم بيع المصحف فى هذا فيحرم بيعها لكافر وفى صحته الطريقان.

قال أصحابنا: وحكم كتب الفقه التى فيها آثار السلف حكم المصحف هذا هو الصحيح المشهور وشذ الماوردى عن الأصحاب فقال: بيع كتب الحديث والفقه للكافر صحيح وفى أمره بإزالة ملكه عنه وجهان:

والمذهب الأول، قال أصحابنا: ولا يملك الكافر المصحف وكتب الحديث والفقه بالإرث بلا خلاف [ولو نسخها ملكها بلا خلاف وحيث ملكها أمر بإزالة الملك فيها بلا خلاف][1] إلا على الوجه الشاذ الذى حكيناه عن الماوردى فى الحديث والفقه وهو وجه باطل.

فرع: إذا اشترى الكافر من يعتق عليه كأبيه وابنه وأمه وجدته، فطريقان مشهوران، ذكرهما المصنف والأصحاب بدليلهما:

أحدهما: على القولين.

وأصحهما: الصحة قطعا، قال أصحابنا: ويجرى هذا الخلاف فى كل شراء يستعقب عتقا كقول الكافر لمسلم: أعتق عبدك المسلم عنى بعوض أو بغير عوض، فيجيبه إلى ذلك وكذا لو أقر الكافر بحرية عبد مسلم فى يد غيره ثم اشتراه.

والمذهب: الصحة فى الجميع، ورتب إمام الحرمين الخلاف فى هاتين الصورتين على الخلاف فى شراء القريب، وقال: الصورة الأولى أولى بالصحة من مسلم القريب؛ لأن الملك فيها ضمنى، والثانية أولى بالمنع؛ لأن العتق فيها وإن حكم به فهو ظاهر غير محقق، بخلاف القريب.

أما إذا اشترى الكافر عبدا مسلما بشرط الإعتاق، وصححنا الشراء بهذا الشرط وهو المذهب فطريقان حكاهما المتولى والرويانى وآخرون.

---

(١) سقط فى ط.

المذهب: أنه كما لو اشتراه مطلقا لأن العتق لا يحصل بنفس الشراء.

والثانى: أنه كشراء القريب، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: لو اشترى الكافر كافرا فأسلم قبل قبضه، فهل يبطل بيعه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كمن اشترى عصيرا فتخمر قبل قبضه.

وأصحهما: لا، كمن اشترى عبدا فأبق قبل قبضه، وممن ذكر المسألة بدليلها إمام الحرمين والغزالى والمتولى والرويانى والرافعى وغيرهم، قالوا: فإن قلنا: لا يبطل، فهل يقبضه المشترى؟ أم ينصب القاضى من يقبضه عنه بأمره بإزالة الملك؟ فيه وجهان، وقطع القفال فى فتاويه بأنه لا يبطل، ويقبضه القاضى عنه، وهذا هو الأصح، وصححه الرافعى، ورجحه إمام الحرمين وغيره، قال الإمام: فعلى هذا يثبت للمشترى الخيار فى فسخ البيع؛ لأن تعذر استمرار الملك فيه، ودوام اليد عليه، ليس بأقل من إباق العبد، قال الإمام: ولا وجه للانفساخ، إذا كان البائع كافرا أيضا؛ لأنه ينقلب من كافر إلى كافر، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: لو وكل الكافر مسلما ليشترى له عبدا مسلما، لم يصح التوكيل ولا الشراء له بلا خلاف - إذا قلنا: لا يصح شراء الكافر بنفسه - ولو وكل مسلم كافرا ليشترى له عبدا مسلما، فإن سمى الموكل فى الشراء صح قطعا، وإلا فوجهان مبنيان على الوجهين فى أن العقد يقع أولا للموكل، أم للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل؟.

أصحهما: للموكل، فيصح هنا.

والثانى: للوكيل، فلا يصح، وممن ذكر الفرع إمام الحرمين وآخرون.

فرع: لو اشترى الكافر مرتدا وقلنا: لا يصح شراؤه مسلما، ففى صحة شرائه المرتد وجهان، حكاهما إمام الحرمين وآخرون:

الأصح: لا يصح له لبقاء علقة الإسلام، قال الإمام: هما مبنيان على الخلاف فيما إذا قتل المرتد ذميا هل يقتل به؟

فرع: لو كان للكافر عبد مسلم ورثه، أو أسلم عنده، فباعه بثوب، ثم وجد بالثوب عيبا فهل له رد الثوب بالعيب واسترداد العبد؟ فيه ثلاثة أوجه:

أصحها: له ذلك، ثم يؤمر بإزالة الملك فى العبد.

والثانى: ليس له ذلك؛ كى لا يدخل المسلم فى ملكه باختياره.

والثالث: يرد الثوب ولا يرجع فى العبد، بل يسترد قيمته ويصير كالتالف، وممن

ذكر الخلاف فى رد الثوب إمام الحرمين والغزالى، فالصواب القطع بجواز رد الثوب، وبه جزم البغوى والمتولى وآخرون، ونقل المتولى اتفاق الأصحاب عليه.

أما إذا وجد مشترى العبد عيبا ففى رده واسترداده الثوب طريقان حكاهما إمام الحرمين وغيره:

أحدهما - ونسبه إمام الحرمين إلى بعض المحققين - : القطع بالجواز؛ لأن ملك الكافر له هنا يقع بغير اختياره.

والثانى: أنه على الوجهين، وبه قال الشيخ أبو محمد؛ لأنه كما يمنع الكافر من تملكه، يمنع المسلم من تمليكه إياه، ويرجع بأرش العيب.

فرع: إذا صححنا شراء الكافر عبدا مسلما أو مصحفا، فإن علم الحاكم به قبل القبض، فهل يمكنه من القبض؟ أم ينصب من يقبض؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها الرويانى وغيره:

أصحها عنده: يمكن.

والثانى: لا يمكن، بل يؤمر بأن يوكل مسلما يقبضه.

والثالث: ينصب القاضى من يقبضه إذا حصل القبض أو علم به بعد القبض ألزمه إزالة الملك، كما سنذكره فى الفرع بعده إن شاء الله تعالى.

فرع: إذا كان فى يد الكافر عبد كافر فأسلم، لم يزل ملكه عنه بلا خلاف ولكن لا يقر فى يده، بل يؤمر بإزالة ملكه عنه ببيع أو هبة أو عتق أو غيرها، ولا يكفى الرهن والتزويج والإجارة والحيلولة، وفى الكتابة قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما، وحكاهما إمام الحرمين والغزالى وجماعة وجهين:

أصحهما باتفاقهم: الاكتفاء بها، وتكون كتابة صحيحة.

وإن قلنا: لا تكفى فوجهان:

أحدهما: أنها كتابة فاسدة فيباع العبد.

والثانى: أنها صحيحة، ثم إن جوزنا بيع المكاتب بيع مكاتبا وإلا فسخت الكتابة وبيع.

قال أصحابنا: ولو امتنع من إزالة ملكه باعه الحاكم عليه بثمن مثله، كما يبيع مال من امتنع من أداء الحق، قال إمام الحرمين والأصحاب: فإن لم يجد مشتريا بثمن مثله صبر إلى أن يوجد، وحال بينه وبينه، ويتكسب لمالكه، وتؤخذ نفقته منه.

وأما إذا أسلمت مستولدة كافر فلا سبيل إلى نقلها إلى غيره ببيع ولا هبة ولا نحوهما، هذا هو المذهب، وبه قطع الجمهور، وفيه وجه حكاه الرافعى وهو شاذ مردود. وهل يجبر على إعتاقها؟ فيه وجهان:

الصحيح المنصوص الذى قطع به كثيرون أو الأكثرون: لا يجبر، بل يحال بينهما وينفق عليها وتتكسب له فى يد مسلم.

والثانى: حكاه إمام الحرمين والغزالى وغيرهما: أنه يجبر على إعتاقها، وذكره المصنف فى التنبيه احتمالا، وهو ضعيف شاذ.

ولو مات كافر قد أسلم عبده فى يده صار لوارثه وأمر بما كان يؤمر به مورثه فإن امتثل وإلا بيع عليه، والله سبحانه أعلم.

فرع: قال المحاملى فى اللباب: لا يدخل عبد مسلم فى مال كافر أبدا إلا فى ست مسائل:

إحداها: بالإرث.

والثانية: يسترجعه بإفلاس المشترى.

الثالثة: يرجع فى هبته لولده.

الرابعة: إذا رد عليه بعيب.

الخامسة: إذا قال لمسلم: أعتق عبدك عنى، فأعتقه وصححناه.

السادسة: إذا كاتب عبده الكافر فأسلم العبد، ثم عجز عن النجوم، فله تعجيزه، وهذه السادسة غلط، فإن المكاتب لا يزول الملك فيه ليتجدد بالتعجيز، وترك سابعة وهى إذا اشترى من يعتق عليه وصححناه، والله سبحانه أعلم.

فرع: قال المتولى والرويانى: إذا صححنا هبة العبد المسلم لكافر، فعلم القاضى به قبل القبض منعه؛ لأنها لا تلزم قبل القبض، هذا كلامهما، وفيه نظر، وينبغى أن يكون قبضه كقبضه من اشتراه، ثم يؤمر بإزالة الملك.

فرع: قال المتولى والرويانى: إذا باع الكافر عبده المسلم ثم تقايلا؛ فإن قلنا: الإقالة بيع لم يصح، وإلا فوجهان كما سبق فى مسألة بيعه بثوب معيب.

فرع: قال المتولى والبغوى والرويانى: إذا باع الكافر عبده المسلم بشرط الخيار، فالبيع صحيح؛ لأن ملكه يزول بنفس البيع فى قول، وفى قول هو معرض للزوال، فإن أراد فسخ البيع؛ فإن قلنا: الملك فى زمن الخيار للبائع، صح الفسخ، لكن إن

كثر ذلك منه ألزمه القاضى أن يبيعه بيعا ماضيا؛ لأن هذا ليس بابتداء تملك، وإنما هو منع من الزوال.

وإن قلنا: بزوال الملك فى المبيع بنفس العقد، ففى تمكينه من الفسخ وجهان كالوجهين فى مسألة العبد بالثوب المعيب.

فرع: قال الرويانى: لو اشترى الكافر عبدا كافرا بشرط الخيار، فأسلم فى مدة الخيار قال: والذى يحتمل قولان:

أحدهما: يبطل البيع.

والثانى: لا، بل لهما الفسخ والإجازة، فإن أجازا ألزم المشترى بإزالة ملكه.

فرع: قال الرويانى: قال أصحابنا: لا يكره للمسلم بيع عبده الكافر لكافر، سواء كان العبد صغيرا أو كبيرا، قال بعض أصحابنا: لكن الأولى ألا يبيعه الصغير، وقال أبو حنيفة: يكره بيعه الصغير، قال أحمد: لا يجوز لأنه ينشأ على دين مالكه.

فرع: قال أصحابنا: يجوز أن يستأجر الكافر مسلما على عمل فى الذمة بلا خلاف، كما يجوز للمسلم أن يشترى منه شيئا بثمن فى الذمة، وهل يجوز للمسلم أن يؤجر نفسه لكافر إجارة على عينه؟ فيه طريقان مشهوران ذكرهما المصنف فى أول كتاب الإجارة.

أصحهما: الجواز.

والثانى: على قولين، وبعضهم يحكيهما وجهين، واتفقوا على أن الأصح الجواز سواء كان المسلم حرا أو عبدا، إلا الجرجانى فصحح البيع[1] والمذهب الجواز، لكن نص الشافعى والأصحاب على أنه يكره ذلك.

فإذا صححناها فهل يؤمر بإزالة ملكه عن المنافع بأن يأجره مسلما؟ فيه وجهان حكاهما إمام الحرمين وآخرون.

أصحهما: يؤمر، وبه قطع الشيخ أبو حامد.

فرع: اتفق الأصحاب على جواز إيداع العبد المسلم عند كافر، وأما إعارته إياه فقد جزم إمام الحرمين والغزالى والرافعى وغيرهم بجوازه، وهو الصحيح وقطع المصنف فى باب العارية من المهذب والتنبيه، والجرجانى فى التحرير وصاحب

---

(١) فى أ: المنع.

البيان بأنه لا يجوز وهذا ضعيف.

والمذهب: الأول لأنهم ذكروا أن الأصح فى الإجارة على عينه الجواز، فالإعارة أولى لأنها عقد جائز يرجع فيها متى شاء، ولا يملك المستعير المنافع، بل يستنتجها شيئا فشيئا، بخلاف الإجارة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: لو رهن المسلم عبده المسلم، أو المصحف عند كافر، ففى صحته طريقان ذكرهما المصنف فى كتاب الرهن بدليلهما:

أحدهما: القطع بصحته.

والثانى: على قولين كبيعه واتفق الأصحاب على أن الأصح صحة رهنه فعلى هذا يوضع فى يد عدل مسلم، والله سبحانه أعلم.

فرع: قال البغوى فى التهذيب فى آخر كتاب الهدية وهناك ذكر مسألة بيع المسلم لكافر قال: لو كان بين مسلم وكافر عبد مسلم مشترك بينهما فأعتق الكافر نصيبه وهو موسر سرى إلى نصيب المسلم وعتق على الكافر سواء قلنا: تحصل السراية بنفس الإعتاق أم بدفع القيمة؛ لأنه يقوم عليه شرعا لا باختياره فهو كالإرث.

فرع: فى مذاهب العلماء فى بيع العبد المسلم لكافر:

قد ذكرنا أن الأصح من مذهبنا بطلانه وبه قال أحمد[١] وقال أبو حنيفة[٢]: يصح ونقله الروياني عن جمهور العلماء وعن مالك[٣] روايتان كالمذهبين.

---

(١) قال فى الإنصاف (٤/ ٣٢٨): قوله (ولا يصح بيع عبد مسلم لكافر) هذا المذهب في الجملة . نص عليه . وعليه الأصحاب . وذكر بعض الأصحاب في طريقته رواية بصحة بيعه لكافر . كمذهب أبي حنيفة . ويؤمر ببيعه أو كتابته.

قوله (إلا أن يكون ممن يعتق عليه، فيصح في إحدى الروايتين) وأطلقهما في المذهب، ومسبوك الذهب، والكافي، والهادي، والمحرر، والشرح، والرعايتين، والحاويين، والفروع، والفائق . إحداهما : يصح، وهو المذهب .

قال في الرعاية الكبرى، في أواخر العتق : وإن اشترى، الكافر أباه المسلم صح . على الأصح وعتق . واختاره ابن عبدوس في تذكرته . وصححه في التصحيح وجزم به في الوجيز . وإليه ميل الشارح . قلت : وهو الصواب . والرواية الثانية : لا يصح . جزم به في الهداية، والمستوعب، والخلاصة . والتلخيص . وقال : نص عليه .

(٢) في بدائع الصنائع (٥/ ١٣٥): إسلام البائع ليس بشرط لانعقاد البيع ولا لنفاذه ولا لصحته بالإجماع، فيجوز بيع الكافر وشراؤه.

(٣) قال فى أسهل المدارك (٢/ ٢٦٢ - ٢٦٣): ويمنع الكافر شراء المصحف أو عبد مسلم، ويجبر على إزالة ملكه عنه) يعنى كما قال خليل فى المختصر: ومنع بيع مسلم ومصحف =

احتج أبو حنيفة بالقياس على الإرث.

واحتج أصحابنا بإجماع المسلمين أنه لا يقر ملكه على مسلم وسبب ذلك ما فيه من إثبات السلطنة والسبيل للكافر على مسلم وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١] ويخالف الإرث فإنه ملك قهرى، والله سبحانه وتعالى أعلم..

قال المصنف رحمه الله تعالى: ولا يجوز بيع الجارية [إلا بـ][١] حملها لأنه يتبعها فى البيع والعتق فلا يجوز بيعها دونه كاليد والرجل، ولا يجوز أن يفرق بين الجارية[٢] وولدها فى البيع قبل سبع سنين، لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال: «لاَ تُوَلَّهُ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا»، [وقال عليه الصلاة والسلام]: «مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»، وإن فرق بينهما بالبيع بطل البيع لأنه تفريق محرم فى البيع، فأفسد البيع، كالتفريق بين الجارية وحملها وهل يجوز بعد سبع سنين إلى البلوغ؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يجوز لعموم الأخبار، ولأنه غير بالغ فلا يجوز التفريق بينه وبين أمه فى البيع، كما لو كان له[٣] دون سبع سنين.

= وصغير لكافر، وأجبر على إخراجه أى عن ملكه، ولا يفسخ ولو كان المبيع قائما ا.هـ.

وعبارة الدردير فى أقرب المسالك أنه قال: ومنع بيعُ مسلم وصغير ومجوسى ومصحف وحديث لكافر، وأجبر على اخراجه عن ملكه ببيع أو عتق ناجز، أو هبة ولو لولد صغير، وجاز رده عليه بعيب كأن أسلم عنده، وباعه الحاكم إن بعدت غيبة السيد ا.هـ.

قال الحطاب: وأما المسلم والمصحف فلا يصح تقرر ملك الكافر عليهما، فلا يجوز بيعهما منه بلا خلاف، فإن وقع ذلك فاختلف فيه، فمذهب المدونة أن البيع يمضى ويجبر الكافر على إخراج ذلك عن ملكه. قال فى المدونة فى كتاب التجارة لأرض الحرب: فإن ابتاع الذمى أو المعاهد مسلمًا أو مصحفًا أجبر على بيعه من مسلم ولم ينقض شراؤه ا.هـ.

ثم قال: ولو كان الكافر المشترى له عبداً لمسلم فإنه يجبر على بيعه؛ لأنه له حتى ينزعه سيده وصرح المازرى بأنه المشهور ولذا قال الصاوى فى حاشيته على أقرب المسالك: قوله بلا فسخ، هذا هو المشهور كما قال المازرى، وهو مذهب المدونة، ومقابله أن يفسخ إذا كان المبيع قائما، ونسبه سحنون لأكثر أصحاب مالك. قال ابن رشد: والخلاف مقيد بما إذا علم البائع أن المشترى كافر، أما إذا ظن أنه مسلم فإنه لا يفسخ بلا خلاف ويجبر على إخراجه من ملكه بالبيع ونحوه. اهـ.

(١) فى أ: دون.
(٢) فى أ: الوالدة.
(٣) سقط فى ط.

والثانى: يجوز لأنه مستغن عن حضانتها، فجاز التفريق بينهما كالبالغ.

الشرح: حديث أبى سعيد الخدرى(١) والحديث الآخر(٢) سنوضحهما مع غيرهما من الأحاديث الواردة فى هذا فى فرع بعد بيان الأحكام إن شاء الله تعالى.

والوله: شدة الحزن.

أما الأحكام: ففى الفصل مسألتان:

إحداهما:(٣) لا يجوز بيع الجارية والبقرة وغيرهما من الحيوان دون حملها وقد سبقت المسألة واضحة بفروعها فى مسألة بيع الحيوان بشرط أنه حامل.

المسألة الثانية: قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله تعالى: يحرم التفريق بين الجارية وولدها الصغير بالبيع والقسمة والهبة ونحوها بلا خلاف، ولا يحرم التفريق بينهما فى العتق بلا خلاف، وتجوز الوصية على المذهب، وقال المتولى والرويانى: فيه قولان وطرداهما فى الوصية بالحمل، هل يصح أم لا؟.

والمذهب: الصحة والجواز فى صورتى الحمل والولد.

وفى التفريق بينهما فى الرد بالعيب وجهان.

وقال الشيخ أبو إسحاق المصنف فى كتابه فى الخلاف: لو اشترى جارية وولدها الصغير، ثم تفاسخا البيع فى أحدهما جاز، وأما التفريق بينهما فى الرهن ففيه تفصيل يذكر(٤) فى كتاب الرهن(٥) إن شاء الله تعالى، حيث ذكره المصنف والأصحاب.

وإذا فرق بين الجارية وولدها الصغير فى البيع والهبة ونحوهما، ففى صحة العقد

---

(١) أخرجه البيهقى فى الكبرى (٨/ ٥) فى كتاب النفقات باب الأم تتزوج فيسقط حقها من حضانة الولد.

(٢) أخرجه الترمذى (٣/ ٥٨٠)، كتاب البيوع: باب ما جاء فى كراهية الفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها فى البيع (١٢٨٣)، وقال حديث حسن غريب، وأحمد فى المسند (٥/ ٤١٣)، والحاكم فى المستدرك (٢/ ٥٥)، وقال الزيلعى فى نصب الراية (٤/ ٢٣)، وأخرجه الحاكم فى المستدرك وقال صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه وفيما قاله نظر لأن حيى بن عبدالله لم يخرج له فى الصحيح شىء بل تكلم فيه بعضهم. قال ابن القطان فى كتابه قال البخارى: فيه نظر وقال أحمد أحاديثه مناكير وقال ابن معين: ليس به بأس وقال النسائى ليس بالقوى قال: ولأجل الاختلاف فيه لم يصححه الترمذى.

(٣) فى أ: أحدهما.

(٤) فى أ: نذكره.

(٥) فى أ: البيع.

طريقان:

أحدهما: القطع ببطلانه؛ لأنه تفريق محرم.

فهو معجوز عن تسليمه شرعا وبهذا الطريق قطع المصنف وجماهير العراقيين.

والثاني: حكاه الخراسانيين فيه قولان، وبعضهم يقول وجهان:

أصحهما: وهو الجديد بطلان العقد، وبه قال أبو يوسف والقديم: صحته.

وقال أبو حنيفة قال الإمام أبو الفرج الزاز - بزايين معجمتين - : الخلاف إنما هو التفريق بعد أن يسقيه اللباء أما قبله فلا يصح بلا خلاف، هذا حكم التفريق فى الصغر، وهو ما قبل سن التمييز، وهو نحو سبع سنين أو ثمان تقريبا.

وفيما بعد التمييز إلى البلوغ قولان:

أصحهما: يكره ولا يحرم وهو الذى نص عليه فى رواية المزنى، وفى سير الواقدى.

والثاني: يحرم حتى يبلغ فعلى هذا فى صحته الطريقان.

وأما التفريق بعد البلوغ فلا يحرم بلا خلاف ولكن يكره باتفاق الأصحاب.

فرع: لو كانت الأم رقيقة، والولد حرا أو بالعكس، لم يحرم بيع الرقيق منهما، بلا خلاف للضرورة.

فرع: إذا قلنا بالضعيف إنه يصح بيع الأم دون ولدها قال الماوردى: لا يقر المتبايعان على التفريق بينهما، بل يقال لهما: إن تراضيتما ببيع ملك أحدكما للآخر فذاك، وإلا فسخ البيع، وقال ابن كج: يقال للبائع تتطوع بتسليم الآخر أو تفسخ البيع، فإن تطوع فامتنع المشترى من القبول فسخ البيع.

فرع: لو رضيت الأم بالتفريق لم يزل التحريم على المذهب الصحيح رعاية لحق الولد، وحكى الرافعى وجها شاذا أنه يزول.

فرع: اتفق أصحابنا على أن أم الأم عند عدم الأم كالأم فى التفريق بينها[١] وبين ولد بنتها، فلو كان له أم وجدة، فإن بيع مع الأم فلا يحرم وإن بيع مع الجدة وقطع عن الأم ففى تحريمه قولان:

الصحيح: المشهور: تحريمه؛ لأنه تفريق بينه وبين أمه، ولو كان له أب وأم حرم

---

(١) فى أ: بينهما.

التفريق بينه وبين الأم ولا يحرم بينه وبين الأب لأن حق الأم آكد ولهذا قدمت عليه فى الحضانة، ولو كان له أب ولا أم له، حرم التفريق بينه وبين الأب على الصحيح من القولين، وقيل: من الوجهين.

والثانى: لا يحرم لما ذكرناه من ضعف مرتبته عن مرتبة الأم.

وفى التفريق بينه وبين الأجداد والجدات من جهة الأب ومن جهة الأم إذا لم يكن أب ولا أم ثلاثة أوجه:

أحدها: يحرم.

والثانى: يجوز.

والثالث: يجوز بينه وبين الأجداد دون الجدات؛ لأنهن أصلح للتربية وأشد حزنا لفراقه.

وأما التفريق بينه وبين سائر المحارم كالأخ والعم وبنيهما والخال وغيرهم:

فالمذهب: أنه يكره ولا يحرم، وبه قطع الجمهور.

والثانى: فيهم وجهان كالأب حكاه الرافعى .

فرع: قال أصحابنا: التفريق بين البهيمة وولدها بعد استغنائه عن اللبن، إن كان لغرض مقصود كالذبح جاز، وإلا فهو مكروه، ولا يحرم على المذهب، وبه قطع جماهير الأصحاب وحكى الصيمرى وصاحب البيان والرافعى فيه وجها شاذا أنه حرام، والله سبحانه أعلم.

فرع: فى بيان الأحاديث الواردة فى المسألة.

منها: عن أبى أيوب رضى الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»[١] رواه الترمذى وقال: حديث حسن.

وعن الحجاج بن أرطاة عن الحكم عن ميمون بن أبى شبيب عن على رضى الله عنه قال: «وَهَبَ لِى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ غُلَامَيْنِ أَخَوَيْنِ، فَبِعْتُ أَحَدَهُمَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: يَا عَلِى مَا فَعَلَ غُلَامُكَ؟ فَأَخْبَرْتُهُ فَقَالَ: رُدَّهُ رُدَّهُ»[٢] رواه الترمذى

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه الترمذى (٣/ ٥٨٠)، كتاب البيوع: باب ما جاء فى كراهية الفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها فى البيع (١٢٨٤)، وابن ماجه (٢/ ٧٥٥ - ٧٥٦)، كتاب التجارات: باب =

وابن ماجه وآخرون، قال الترمذى: حديث حسن، وليس بمقبول منه لأن مداره على الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف، ولأنه مرسل، فإن ميمون بن أبى شبيب لم يدرك عليا رضى الله عنه وقد ضعف البيهقى هذا الحديث.

وعن أبى موسى رضى الله عنه قال: «لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الْوَالِدِ وَوَلَدِهِ وَبَيْنَ الْأَخِ وَأَخِيهِ» [(١)] رواه ابن ماجه والدارقطنى بإسناد ضعيف.

وعن ميمون بن أبى شبيب عن على رضى الله عنه: «أَنَّهُ فَرَّقَ بَيْنَ جَارِيَةٍ وَوَلَدِهَا، فَنَهَاهُ النَّبِى ﷺ وَرَدَّ الْبَيْعَ» [(٢)] رواه أبو داود وقال: ميمون لم يدرك عليا.

وعن حسين بن عبد الله بن ضمرة عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «لَا يُفَرَّقُ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا» [(٣)] رواه البيهقى، وهو حديث ضعيف، وحسين بن عبد الله هذا مجمع على ضعفه.

وعن جابر الجعفى عن عبد الرحمن بن الأسود عن ابن مسعود: «أَنَّ النَّبِى ﷺ كَانَ إِذَا أَتَى بِالشَّىء أَعْطَى أَهْلَ الْبَيْتِ جَمِيعًا، وَكَرِهَ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمْ» [(٤)] رواه البيهقى، وقال: تفرد به جابر هذا وهو ضعيف مشهور بالضعف.

وعن عبادة بن الصامت عن رسول الله ﷺ: «أَنَّهُ نَهَى عَنِ التَّفْرِيقِ بَيْنَ الْأُمِّ وَوَلَدِهَا حَتَّى يَبْلُغَ الْغُلَامُ، وَتَحِيضَ الْجَارِيَةُ» [(٥)]، رواه الدارقطنى وضعفه فإن أحد رواته عبد

= النهى عن التفريق فى السبى (٢٢٤٩)، وأبو داود نحوه (٣/ ٦٣)، كتاب الجهاد: باب فى التفريق بين السبى (٢٦٩٦)، وقال أبو داود: ميمون لم يدرك عليًا قتل بالجماجم والجماجم سنة ثلاث وثمانين وانظر طرق أخرى للحديث نصب الراية (٤/ ٢٥ - ٢٦).

(١) أخرجه ابن ماجة (٣/ ٥٨٠) فى التجارات باب النهى عن التفريق بين السبى (٢٢٥٠)، وقال البوصيرى فى الزوائد.

هذا إسناد ضعيف لضعف طليق بن عمران وإبراهيم بن إسماعيل ورواه أحمد وأبى بكر بن أبى شيبة وأبو يعلى والدراقطنى والحاكم كلهم من طريق عبيد الله بن موسى به إلا أن الدارقطنى قال: طليق بن محمد عن عمران بن حصين. رواه الدارقطنى أيضًا من طريق ابن ماجه، وكذا أبو يعلى (٧٢٥٠)، والدارقطنى (٣/ ٦٧)، والبيهقى (٩/ ١٢٨).

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٧٠) فى كتاب الجهاد باب فى التفريق بين السبى (٢٦٩٦)، والبيهقى (٩/ ١٢٦).

(٣) أخرجه البيهقى (٩/ ١٢٦) فى كتاب السير باب التفريق بين المرأة وولدها.

(٤) أخرجه البيهقى (٩/ ١٢٨) فى كتاب السير باب من قال لا يفرق بين الأخوين فى البيع.

(٥) أخرجه الدارقطنى (٣/ ٦٨)، والبيهقى (٩/ ١٢٨)، وقال: قال أبو الحسن الدارقطنى: عبد الله بن عمرو هذا هو الواقفى وهو ضعيف الحديث رماه على بن المدينى بالكذب ولم يروه =

الله بن عمرو بن حسان، وهو كذاب، وقد انفرد به.

وعن سلمة بن الأكوع قال: «غَزَوْنَا فَزَارَةَ وَعَلَيْنَا أَبُو بَكْرٍ أَمَّرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَيْنَا، فَلَمَّا كَانَ بَيْنَنَا وَبَيْنَ الْمَاءِ سَاعَةٌ أَمَرَنَا أَبُو بَكْرٍ فَعَرَّسْنَا ثُمَّ شَنَّ الْغَارَةَ، فَوَرَدَ الْمَاءَ، فَقَتَلَ مَنْ قَتَلَ عَلَيْهِ، وَأَنْظُرُ إِلَى عُنُقٍ مِنَ النَّاسِ فِيهِم الذَّرَارِى، فَخَشِيت أَنْ يَسْبِقُونِى إِلَى الْخَيْلِ، فَرَمَيْت بِسَهْمٍ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْخَيْلِ، فَلَمَّا رَأَوْا السَّهْمَ وَقَفُوا فَجِئْت بِسَهْمٍ أَسُوقُهُمْ وَفِيهِم امْرَأَةٌ مِنْ بَنِى فَزَارَةَ مَعَهَا بِنْتٌ لَهَا مِنْ أَحْسَنِ الْعَرَبِ، فَسُقْتُهُمْ حَتَّى أَتَيْت بِهِمْ أَبَا بَكْرٍ، فَنَفَّلَنِى ابْنَتَهَا فَقَدِمْنَا الْمَدِينَةَ وَمَا كَشَفْت لَهَا ثَوْبًا، فَلَقِيَنِى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِى السُّوقِ فَقَالَ: يَا سَلَمَةُ هَبْ لِى الْمَرْأَةَ فَقُلْت: يَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَعْجَبَتْنِى وَمَا كَشَفْت لَهَا ثَوْبًا ثُمَّ لَقِيَنِى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: يَا سَلَمَةَ هَبْ لِى الْمَرْأَةَ فَقُلْت: هِى لَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَبَعَثَ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ إِلَى مَكَّةَ فَفَدَى بِهَا نَاسًا مِنَ الْمُسْلِمِينَ كَانُوا أُسِرُوا بِمَكَّةَ» [1] رواه مسلم، وفيه دلالة للتفريق بين المرأة وولدها بعد البلوغ، والله سبحانه وتعالى أعلم.

* * *

= عن سعيد غيره.

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٣٧٥) فى كتاب الجهاد والسير باب التنفيل وفداء المسلمين بالأسارى (٤٦/ ١٧٥٥)، والبيهقى فى الكبرى (٩/ ١٢٩).

باب ما يفسد البيع من الشروط[١]

وما لا يفسده

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا شرط فى البيع شرطا نظرت: فإن كان شرطا يقتضيه البيع كالتسليم والرد بالعيب وما أشبههما، لم يبطل العقد لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد فلم يبطله، فإن شرط ما لا يقتضيه العقد، ولكن فيه مصلحة كالخيار والأجل والرهن والضمين لم يبطل العقد لأن الشرع ورد بذلك على ما نبينه فى مواضعه إن شاء الله وبه الثقة؛ ولأن الحاجة تدعو إليه فلم يفسد العقد؛ فإن شرط عتق العبد المبيع لم يفسد العقد[٢]؛ لأن عائشة رضى الله عنها «اشْتَرَتْ بَرِيرَةَ لِتُعْتِقَهَا، فَأَرَادَ أَهْلُهَا أَنْ يَشْتَرِطُوا[٣] وَلَاءَهَا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ اشْتَرِيهَا وَأَعْتِقِيهَا فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»، وإن اشتراه بشرط العتق فامتنع من إعتاقه[٤] ففيه وجهان:

أحدهما: يجبر[٥] عليه لأنه عتق مستحق عليه، فإذا[٦] امتنع أجبر عليه، كما لو نذر عتق عبد ثم امتنع من إعتاقه.

والثانى: لا يجبر بل يثبت للبائع الخيار فى فسخ البيع؛ لأنه ملكه بالعوض، وإنما شرط للبائع حقا فإذا لم يف ثبت للبائع الخيار كما لو اشترى[٧] شيئا بشرط أن يرهن بالثمن رهنا فامتنع من الرهن فإن رضى البائع بإسقاط حقه من العتق ففيه وجهان:

أحدهما: لا يسقط لأنه عتق مستحق فلا يسقط بإسقاط الآدمى كالمنذور.

والثانى: أنه يسقط لأنه حق شرطه البائع لنفسه فسقط بإسقاطه كالرهن والضمين.

وإن تلف العبد قبل العتق ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه ليس للبائع إلا الثمن؛ لأنه لم يفقد[٨] أكثر من العتق.

والثانى: يأخذ الثمن وما نقص من الثمن بشرط العتق، فيقوم من غير شرط العتق

---

(١) فى أ: الشرط.
(٢) فى أ: البيع.
(٣) فى أ: يشترط.
(٤) فى أ: عتقه.
(٥) فى أ: يجب.
(٦) فى أ: و.
(٧) فى أ: باعه.
(٨) فى أ: يعقد.

ثم يقوم مع شرط العتق ويجب ما بينهما من الثمن.

والثالث: أنه يفسخ العقد لأن البائع لم يرض بهذا الثمن وحده والمشترى لم يلتزم أكثر من[١] هذا الثمن فوجب أن يفسخ العقد.

الشرح: حديث عائشة[٢] رواه البخارى ومسلم.

وبريرة - بفتح الباء الموحدة - وهى بريرة بنت صفوان مولاة عائشة رضى الله عنها روت حديثا واحدا.

قوله: «عتق مستحق عليه» احتراز ممن نذر عتقا على وجه اللجاج، ثم اختار كفارة اليمين بالإطعام، وممن وعد العبد أنه يعتقه.

أما الأحكام: فقال أصحابنا[٣]: الشرط[٤] خمسة أضرب:

أحدها: ما هو من مقتضى العقد بأن باعه بشرط خيار المجلس أو تسليم المبيع أو الرد بالعيب أو الرجوع بالعهدة أو انتفاع المشترى به كيف شاء وشبه ذلك فهذا لا يفسد العقد بلا خلاف لما ذكره المصنف ويكون شرطه توكيدا[٥] وبيانا لمقتضاه.

الضرب الثانى: أن يشترط ما لا يقتضيه إطلاق العقد لكن فيه مصلحة للعاقد كخيار الثلاث والأجل والرهن والضمين والشهادة ونحوها، وكشرط كون العبد المبيع خياطا أو كاتبا أو نحوه فلا يبطل العقد أيضا بلا خلاف بل يصح ويثبت المشروط.

الضرب الثالث: أن يشترط ما لا يتعلق به غرض يورث تنازعا كشرط ألا يأكل إلا الهريسة، أو لا يلبس إلا الخز أو الكتان، قال إمام الحرمين: وكذا لو شرط الإشهاد بالثمن وعين شهودا وقلنا: لا يتعينون فهذا الشرط لا يفسد العقد، بل يلغو ويصح البيع، هذا هو المذهب، وبه قطع إمام الحرمين والغزالى ومن تابعهما، وقال المتولى: لو شرط[٦] التزام ما ليس بلازم بأن باع بشرط أن يصلى النوافل، أو يصوم غير رمضان أو يصلى الفرائض فى أول أوقاتها بطل البيع؛ لأنه ألزم ما ليس بلازم،

---

(١) فى أ: منه.
(٢) تقدم.
(٣) فى أ: الأصحاب.
(٤) فى أ: الشروط.
(٥) فى أ: تأكيدًا.
(٦) فى أ: اشترط.

قال الرافعى: مقتضى هذا فساد العقد فى مسألة الهريسة ونحوها، والله سبحانه وتعالى أعلم.

الضرب الرابع: أن يبيعه عبدا أو أمة بشرط أن يعتقه المشترى ففيه ثلاثة أقوال:

الصحيح المشهور الذى نص عليه الشافعى فى معظم كتبه وقطع به المصنف وأكثر الأصحاب: أن البيع صحيح والشرط لازم[1] يلزم الوفاء به.

والثانى: يصح البيع ويبطل الشرط، فلا يلزمه عتقه.

والثالث: يبطل الشرط والبيع جميعا كغيره من الشروط، والمذهب صحتهما، وعليه التفريع قال أصحابنا: وإذا صححناه فصورته إذا شرط[2] أن يعتقه المشترى عن نفسه، أو أطلق اشتراط عتقه.

أما إذا باعه بشرط أن يعتقه المشترى من البائع فالبيع باطل قطعا، قال أصحابنا: وإذا شرط[3] العتق للمشترى أو أطلق ففى العتق المشروط وجهان:

أصحهما: أنه حق لله تعالى كالعتق الملتزم بالنذر.

والثانى: أنه حق للبائع، وقد أشار المصنف إلى دليلهما.

فإن قلنا: إنه حق البائع[4] فله مطالبة المشترى به بلا خلاف.

وإن قلنا: حق لله تعالى فللبائع مطالبته أيضا على أصح الوجهين وإن امتنع من الإعتاق؛ فإن قلنا: الحق لله تعالى أجبر عليه المشترى قطعا.

وإن قلنا: للبائع لم يجبر، بل يجبر البائع فى فسخ البيع.

وإذا قلنا: بالإجبار قال المتولى: يخرج على الخلاف فى المولى إذا امتنع من الطلاق ومن الفيئة، ففى قول يعتقه القاضى، وفى قول يحبسه حتى يعتقه وذكر إمام الحرمين احتمالين:

أحدهما: تخريجه على القولين كما قال المتولى.

والثانى: يتعين الحبس.

قلت: ويحتمل أن يجزم بأن يعتقه القاضى كما إذا توجه عليه بيع ماله فى دين

---

(١) فى أ: ثابت.
(٢) فى أ: اشترط.
(٣) فى أ: اشترط.
(٤) فى أ: للبائع.

فامتنع فإن القاضى يبيعه فى وفاء الدين.

أما إذا أسقط البائع حق الإعتاق؛ فإن قلنا: الحق لله تعالى لم يصح إسقاطه.

وإن قلنا: للبائع، صح إسقاطه كما لو شرط رهنا أو كفيلا ثم عفا عنه، فإنه يسقط على المذهب، وبه قطع الجمهور، وفيه وجه ضعيف للشيخ أبى محمد الجوينى إن شرط الرهن والكفيل لا يصح إفراده بالإسقاط كالأجل قال أصحابنا: ومتى أعتقه المشترى فالولاء له قطعا سواء قلنا: الحق فيه لله تعالى أم[1] للبائع؛ لأنه أعتق ملكه، هذا إذا أعتقه المشترى مجانا فلو أعتقه عن كفارة عليه؛ فإن قلنا: الحق فيه لله تعالى أو للبائع ولم يأذن لم يجزئه.

وإن قلنا: له وأذن فوجهان:

أصحهما: يجز[2] عن الكفارة وعن أداء حق العتق.

والثانى: لا يجز[3]، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: قال أصحابنا: يجوز استخدام العبد والأمة اللذين اشتراهما بشرط العتق قبل حصول العتق، ويجوزالوطء وتكون أكسابهما للمشترى؛ لأنهما على ملكه قبل العتق ولو قتلا كانت القيمة للمشترى ولا يكلف صرفها إلى عتق غيرهما.

ولو أجره قال الدارمى: يحتمل وجهين.

أصحهما: بطلان الإجارة.

فرع: لو باعه لآخر بشرط أن يعتقه الثانى فوجهان:

الصحيح المشهور: لا يصح البيع.

والثانى: يصح البيع والشرط.

ولو أولد الجارية لم تجزئه عن الإعتاق على الصحيح، وبه قطع الجمهور، وفيه وجه شاذ.

فرع: لو مات هذا العبد قبل إعتاقه ففيه أربعة أوجه منها ثلاثة مشهورة ذكرها المصنف بأدلتها:

---

(١) فى أ: أو.

(٢) فى أ: يجزئه.

(٣) فى أ: يجزئه.

أصحها: ليس على المشترى إلا الثمن المسمى؛ لأنه لم يلتزم[(١)] غيره.

والثانى: يلزمه مع[(٢)] المسمى قدر التفاوت بمثل نسبته من المثل بأن يقال: قيمته من غير شرط العتق مائة، وبشرطه تسعون فيجب قدر عشر المسمى مضافا إلى المسمى.

والثالث: ينفسخ البيع ويلزم المشترى قيمة العبد، لفواته فى يده ويرجع بالثمن.

والرابع: للبائع الخيار إن شاء أجاز العقد ولا شىء له غير المسمى، وإن شاء فسخه ورد الثمن، ورجع بقيمة العبد، ثم هذه الأوجه هل هى مفرعة على أن العتق للبائع؟ أم مطردة؟ سواء قلنا: له أو لله تعالى فيه احتمالان لإمام الحرمين.

أصحهما: الثانى، وهو مقتضى كلام الأصحاب وإطلاقهم.

فرع: لو اشتراه بشرط أن يدبره أو يكاتبه أو يعتقه بعد شهر أو سنة أو يعلق عتقه، أو اشترى دارا بشرط أن يقفها فطريقان.

أصحهما: القطع ببطلان البيع.

والثانى: أنه على الخلاف فى شرط الإعتاق.

فرع: جميع ما سبق هو فيما إذا شرط العتق، ولم يتعرض للولاء، أو شرطا كونه للمشترى.

فأما إذا شرطاه للبائع، فالمذهب بطلان البيع وبه قطع الجمهور لأنه منابذ لقوله ﷺ: «إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»، وحكى جماعة قولا شاذا أنه يصح البيع ويلغو شرط الولاء، وحكاه الدارمى وجها للإصطخرى، وحكى إمام الحرمين وجها باطلا أنه يصح البيع، ويصح أيضا شرط الولاء للبائع قال الرافعى: لا يعرف هذا الوجه لغير الإمام ولو اشتراه بشرط الولاء للبائع دون اشتراط الإعتاق بأن قال: بعتكه بشرط أن يكون الولاء لى إن أعتقته فالبيع باطل بلا خلاف، ذكره المتولى والرافعى.

فرع: لو اشترى أباه أو ابنه بشرط أن يعتقه، قال القاضى حسين: البيع باطل بلا خلاف، لتعذر الوفاء بالشرط فإنه يعتق عليه بمجرد الملك فلا يتصور إعتاقه، وحكى الرافعى هذا عن القاضى وسكت عليه موافقة، وفيه نظر، ويحتمل أن يصح البيع

---

(١) فى أ: يلزم.

(٢) فى أ: بيع.

ويكون شرط الإعتاق توكيدا للمعنى فإن مقصود الشرط تحصيل الإعتاق، وهو حاصل هنا.

فرع: لو اشترى جارية حاملا بشرط العتق فولدت، ثم أعتقها، فهل يتبعها الولد؟ فيه وجهان حكاهما ابن كج:

الأصح: لا يتبعها، قال الدارمى: هما مبنيان على أن الحمل هل له حكم أم لا؟ والأصح: أن له حكما فلا يتبعها.

فرع: لو باع عبدا بشرط أن يبيعه المشترى بشرط العتق، فالمذهب بطلان هذا البيع، وبه قطع الجمهور، وحكى ابن كج عن ابن القطان أن فى صحته وجهين، وهذا شاذ ضعيف.

فرع: فى مذاهب العلماء فيمن باع عبدا بشرط العتق.

قد ذكرنا أن الصحيح المشهور من مذهبنا صحة البيع [وبه قطع الجمهور](١) والشرط وبه قال النخعى وأحمد وغيرهما، وقال ابن أبى ليلى وأبو ثور: البيع صحيح والشرط باطل، وقال أبو حنيفة وصاحباه: البيع فاسد، لكن لو أعتقه بعد عتقه لزمه الثمن عند أبى حنيفة، وبالقيمة عند صاحبيه، وهو عندهم مملوك للمشترى ملكا ضعيفا كما قالوا فى غيره من البيوع الفاسدة، واحتجوا بحديث النهى عن بيع وشرط، وبحديث: «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِى كِتَابِ اللَّهِ تعالى فَهُوَ بَاطِلٌ»، وسنوضحهما قريبا إن شاء الله تعالى.

واحتج أصحابنا بحديث عائشة فى قصة بريرة رضى الله عنهما، فإن النبى ﷺ أذن لها فى شرائها بشرط العتق.

فإن قيل: إنما كان بشرط الولاء قلنا: والولاء يتضمن اشتراط العتق.

فإن قيل: فبريرة كانت مكاتبة، والمكاتب لا يصح بيعه على الصحيح.

قلنا: هو محمول على أنها عجزت نفسها وفسخ أهلها الكتابة ولأن للعتق قوة وسراية فاحتمل اشتراطه فى البيع بخلاف غيره.

وأما الحديثان اللذان احتجوا بهما فعامان مخصوصان بما ذكرنا.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن شرط ما سوى ذلك من الشروط التى تنافى

---

(١) سقط فى ط.

مقتضى البيع بأن باع عبدا بشرط ألا يبيعه أو لا يعتقه، أو باع دارا بشرط أن[١] يسكنها مدة، أو ثوبا بشرط أن يخيطه له أو فلعة بشرط أن يحذوها له - بطل البيع، لما روى عن النبي ﷺ: «أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ»، وروى: «أن عبد الله بن مسعود اشترى جارية من امرأته زينب الثقفية وشرطت عليه: أنك إن بعتها فهى لى بالثمن، فاستفتى عمر بن الخطاب رضى الله عنهما فقال: لا تقربها، وفيها شرط لأحد».

وروى أن عبد الله اشترى جارية واشترط[٢] خدمتها، فقال له عمر رضى الله عنه: لا تقربها وفيها مثنوية[٣]، [إلى آخر الباب][٤] ولأنه شرط لم يبن على التغليب ولا هو من مقتضى العقد ولا من مصلحته، فأفسد العقد.

كما لو شرط ألا يسلم إليه المبيع فإن قبض المبيع لم يملكه؛ لأنه قبض فى عقد فاسد، فلا يوجب الملك كالوطء فى النكاح الفاسد، فإن كان باقيا وجب رده وإن هلك ضمنه بقيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف، ومن أصحابنا من قال: يضمن قيمته يوم التلف؛ لأنه مأذون فى إمساكه فضمن قيمته يوم التلف كالعارية، وليس بشىء؛ لأنه قبض مضمون فى عين يجب ردها فإذا هلكت ضمنها بأكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف، كقبض الغاصب.

ويخالف العارية فإن العارية مأذون فى إتلاف منافعها، ولأن فى العارية لو رد العين ناقصة بالاستعمال لم يضمن، ولو رد المبيع ناقصا ضمن النقصان.

وإن حدثت فى عينها زيادة بأن سمنت ثم هزلت ضمن ما نقص؛ لأن ما ضمن عينه ضمن نقصانه كالمغصوب، ومن أصحابنا من قال: لا يضمن؛ لأن البائع دخل فى العقد ليأخذ بدل العين دون الزيادة، والمنصوص هو الأول، وما قاله هذا القائل يبطل بالمنافع، فإنه لم يدخل فى العقد ليأخذ بدلها ثم تستحق.

فإن كان لمثله أجرة لزمه الأجرة للمدة التى أقام فى يده؛ لأنه مضمون عليه غير مأذون فى الانتفاع به فضمن أجرته كالمغصوب.

فإن كانت جارية فوطئها لم يلزمه الحد؛ لأنه وطء بشبهة؛ لأنه اعتقد أنها ملكه،

---

(١) فى أ: إن لا.
(٢) فى أ: وشرط.
(٣) فى أ: ثبوته.
(٤) سقط فى ط.

ويجب عليه المهر لأنه وطء بشبهة فوجب به المهر كالوطء فى النكاح الفاسد، وإن كانت بكرا وجب عليه أرش البكارة لأن البكارة جزء من أجزائها وأجزاؤها مضمونة عليه فكذلك البكارة، وإن أتت منه بولد فهو حر لأنه اعتقد أنها جاريته ويلزمه قيمة الولد لأنه أتلف عليه رقه باعتقاده ويقوم بعد الانفصال لأنه لا يمكن تقويمه قبل الانفصال، ولأنه يضمن قيمة الولد للحيلولة وذلك لا يحصل إلا بعد الانفصال، فإن ألقت الولد ميتا لم يضمنه؛ لأنه لا قيمة له قبل الانفصال ولا توجد الحيلولة إلا بعد الانفصال، فإن ماتت الجارية من الولادة لزمه قيمتها لأنها هلكت بسبب من جهته، ولا تصير الجارية أم ولد فى الحال؛ لأنها علقت منه فى غير ملكه، وهل تصير أم ولد إذا ملكها؟ فيه قولان.

الشرح: أما الحديث[1] فغريب، وأما الأثران عن عمر رضى الله عنه فصحيحان روى الأول مالك[2] فى الموطأ ورواهما جميعا البيهقى[3] وعبد الله فى الموضعين هو ابن مسعود، والذى أفتاه فى الصورتين هو عمر بن الخطاب رضى الله عنه وقد يقع فى بعض نسخ المهذب مصحفا بابن عمر وهو غلط فاحش، والفلعة - بكسر الفاء وإسكان اللام - جمعها فلع وهى جلدة النعل، ومعنى يحذوها يجعلها حذاء.

وقوله: «لأنه شرط لم يبن على التغلب»، احتراز من العتق، وقوله: «ولا هو مقتضى العقد» احتراز من شرط سقى الثمرة ونحوه.

وقوله: «ولا من مصلحته احتراز من شرط الرهن، والضمين ونحوهما».

وقوله: «لأنه قبض مضمون فى عين يجب ردها»، احتراز بالمضمون عن الوديعة، وبقوله فى عين، عن المنفعة فإنه تجب قيمتها يوم الاستيفاء لا أكثر الأمرين، وبقوله: يجب ردها عن المقبوضة ببيع صحيح.

قوله: «سمنت ثم هزلت» هو[4] بضم الهاء.

---

(١) بلفظ «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ولا ربح ما لم تضمن ولا بيع ما ليس عندك». أخرجه أحمد (٢/١٧٨)، وأبو داود (٣٥٠٤)، وابن ماجه (٢١٨٨)، والترمذى (١٢٣٤)، والنسائى (٧/٢٨٨، ٢٩٥) عن عبدالله بن عمرو.

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/٤٧٩) كتاب البيوع باب ما يفعل فى الوليدة إذا بيعت (٥).

(٣) أخرجه البيهقى (٥/٣٣٦) فى كتاب البيوع باب الشرط الذى يفسد البيع.

(٤) فى أ: هم.

وقوله: «لأنه مضمون عليه غير مأذون فى الانتفاع به» احتراز من العارية.

أما الأحكام: فقد ذكرنا أن الشروط فى البيع خمسة أضرب ومرت[١] أربعة وهذا الخامس، وهو أن يشترط ما سوى الأربعة من الشروط التى تنافى مقتضى البيع بأن باعه شيئا بشرط ألا يبيعه أو لا ينتفع به أو لا يعتقه أو لا يقبضه أو لا يؤجره أو لا يطأها أو لا يسافر به أو لا يسلمه إليه، أو بشرط أن يبيعه غيره، أو يشترى منه أو يقرضه أو يؤجره أو لا خسارة عليه فى ثمنه إن باعه بأقل أو أنه إذا باعه لا يبيعه إلا له وما أشبه ذلك، فالبيع باطل فى جميع هذه الصور وأشباهها لمنافاة مقتضاه، ولا فرق عندنا بأن يشرط شرطا واحدا أو شرطين.

وحكى إمام الحرمين والرافعى وغيرهما قولا غريبا حكاه أبو ثور عن الشافعى أن البيع لا يفسد بالشرط الفاسدة بحال، بل يلغو الشرط ويصح البيع لقصة بريرة رضى الله عنها وهذا شاذ ضعيف، وحينئذ البيع عكس النكاح، فإن المشهور أنه لا يفسد بالشروط الفاسدة، وفيه قول شاذ ضعيف أنه يفسد بها، فإذا جمع[٢] البيع والنكاح حصل فيهما ثلاثة أقوال:

أحدها: يفسدان بالشروط الفاسدة.

والثانى: لا.

والثالث: وهو المذهب والمشهور يفسد البيع دون النكاح والتفريع على هذا القول، وبالله التوفيق.

ولو باع بشرط نفى خيار المجلس أو خيار الرؤية ففيه خلاف سبق فى بابه.

هذا كله فيما إذا شرط شرطا فاسدا وكان الشرط[٣] مما لا يفرد بالعقد، فإن كان مما يفرد كالرهن والضمين فهل يفسد البيع لفسادهما؟ فيه قولان مشهوران ذكرهما المصنف فى بابهما:

أصحهما: يفسد كسائر الشروط الفاسدة.

والثانى: لا، كالصداق الفاسد لا يفسد به النكاح.

---

(١) فى أ: ومضت.
(٢) فى أ: جمعت.
(٣) فى أ: المشروط.

فرع: إذا باع دارا واشترط[(١)] البائع لنفسه سكناها أو دابة واستثنى ظهرها فإن لم يبين المدة المستثناة ويعلما قدرها فالبيع باطل بلا خلاف وإن بيناها فطريقان:

أصحهما وبه قطع المصنف والعراقيون: فساد البيع.

والثاني: فيه وجهان حكاهما الخراسانيين أصحهما هذا.

والثاني: يصح البيع والشرط لحديث جابر وقصة جمله التى سنذكرها فى فرع مذاهب العلماء إن شاء الله تعالى، وحكى القاضى أبو الطيب هذا الوجه عن ابن خزيمة من أصحابنا، وبه قال ابن المنذر.

فرع: لو باع بشرط ألا يسلم المبيع حتى يستوفى الثمن، فإن كان الثمن مؤجلا بطل العقد؛ لأنه يجب تسليم المبيع فى الحال، فهو شرط مناف لمقتضاه، وإن كان حالا بنى على أن البداءة فى التسليم بمن؟ فإن قلنا: بالبائع لم يفسد، وإلا فسد للمنافاة.

فصل: متى اشترى شيئا شراء فاسدا لشرط مفسد أو لسبب آخر، لم يجز له قبضه، فإن قبضه لم يملكه بالقبض، سواء علم فساد البيع أم لا، ولا يصح تصرفه فيه ببيع ولا إعتاق، ولا هبة ولا غيرها، ويلزمه رده إلى البائع وعليه مؤنة الرد كالمغصوب، وكالمقبوض بالسوم، ولا يجوز له حبسه لاسترداد الثمن ولأنه[(٢)] يقدم به على الغرماء، هذا هو المذهب وبه قطع [جمهور الأصحاب] وفيه[(٣)] قول غريب ووجه للإصطخرى أن له حبسه ويقدم به على الغرماء وهو شاذ ضعيف، ويلزمه أجرته للمدة التى كان فى يده سواء استوفى المنفعة أم تلفت تحت يده لأنه مضمون عليه غير مأذون فى الانتفاع به فضمن[(٤)] أجرته كالمغصوب، وإن كان تعيب فى يده لزمه أرش نقصه لما ذكرناه وإن تلف لزمه ضمانه بلا خلاف، لما ذكرناه.

وفى القيمة المعتبرة ثلاثة أوجه:

أصحها باتفاق الأصحاب: تجب القيمة أكثر مما كانت من حين القبض إلى حين التلف كالمغصوب؛ لأنه مخاطب فى كل لحظة من جهة الشرع برده.

---

(١) فى أ: واستثنى.
(٢) فى أ: ولا.
(٣) فى أ: وعنه.
(٤) فى أ: فيضمن.

والثانى: تجب قيمته يوم التلف كالعارية لأنه مأذون فى إمساكه.

والثالث: يوم القبض حكاه المصنف فى التنبيه وآخرون وهو غريب.

والمذهب الأول: وهو المنصوص عليه، ونقل بعض الأصحاب هذه الأوجه أقوالا والمشهور أنها أوجه قال الشافعى رحمه الله فى كتاب الغصب: يضمن المغصوب بقيمته أكثر ما كانت يوم[١] الغصب إلى التلف، قال: وكذلك فى البيع الفاسد، قال القاضى أبو الطيب: حمل أكثر أصحابنا نص الشافعى على ظاهره، فأوجبوا قيمته أكثر ما كانت كالمغصوب، وقال بعضهم: تجب قيمته يوم التلف، وحملوا نصه على أن المراد أنه كالمغصوب فى أصل الضمان دون كيفيته، وفرق المصنف والأصحاب بينه وبين العارية بفرقين:

أحدهما: أن العارية مأذون فى إتلاف منافعها مجانا، بخلاف هذا.

والثانى: أنه لو رد العارية ناقصة الاستعمال لم يضمن بخلاف هذا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

أما الزوائد الحادثة منه فيلزمه ضمانها إذا تلفت عنده، سواء كانت منفصلة كاللبن والثمرة والولد والصوف وغيرها، أم متصلة بأن سمنت عنده ثم هزلت، أو تعلم صنعة ثم نسيها، وسواء تلفت العين أو ردها، فيلزمه ضمان الزيادة الفائتة عنده. هذا هو المذهب والمنصوص، وفيه وجه ضعيف حكاه المصنف والأصحاب أنه لا يضمن الزيادة إذا تلفت العين، وإنما يضمنها إذا رد العين وقد ذهبت الزيادة والصواب: الأول؛ لأنه كالمغصوب، فلو زادت عنده ثم نقصت ثم زادت فردها كذلك، فإن كانت الزيادة الثانية من غير جنس الأولى ضمنها قطعا، وإن كانت من جنسها وعلى قدرها فوجهان حكاهما الدارمى:

أصحهما: يلزمه ضمانها أيضا.

والثانى: لا، كالوجهين فى نظيره من الغصب.

فرع: إذا أنفق على العبد أو البهيمة المقبوضتين ببيع فاسد لم يرجع على البائع بالنفقة إن كان المشترى عالما بفساد البيع، فإن كان جاهلا فوجهان:

أصحهما: لا يرجع أيضا؛ لأنه متبرع.

فرع: لو كان المقبوض ببيع فاسد جارية فوطئها المشترى: فإن كان الواطئ

(١) فى أ: من.

والموطوءة جاهلين، فلا حد للشبهة، ويلزمه المهر للبائع؛ لأنه وطء شبهة، فلو تكرر الوطء بهذه الشبهة لم يجب إلا مهر واحد، سواء تكرر فى مجلس أو مجالس، وإن كانا عالمين لزمهما الحد إن كان اشتراها بميتة أو دم؛ لأنه لا يملكها ولا يباح وطؤها له بالإجماع، فإن اشتراها بخمر أو شرط فاسد فلا حد لاختلاف العلماء فى حصول الملك له، فإن أبا حنيفة رحمه الله يقول فى هذه الحال: إنه يملكها ملكا حقيقيا، فصار كالوطء فى النكاح بالأولى، ونحوه، قال إمام الحرمين: ويجوز أن يقال: يجب الحد لأن أبا حنيفة لا يبيح الوطء فإن كان يثبت[1] الملك بخلاف الوطء فى النكاح بالأولى، فحيث قلنا: لا حد، ويجب المهر فإن كانت ثيبا وجب مهرها، وإن كانت بكرا وجب مهرها بكر وأرش البكارة أيضا.

أما أرش البكارة فلأنه أتلفها بغير حق.

وأما مهر البكر، فلأنه وطئ بكرا بشبهة، هكذا صرح بوجوب مهر بكر مع أرش البكارة فى هذا الموضع الشيخ أبو حامد والماوردى والقاضى أبو الطيب والمحاملى وسائر المتقدمين، وصاحب البيان والرافعى وغيرهما من المتأخرين، ونقله القاضى أبو الطيب وغيره عن نص الشافعى[2] قال القاضى والأصحاب:

فإن قيل: أنَّ هذا يؤدى إلى ضمان البكارة مرتين.

قلت: إلا أنه[3] أتلف جزءا من بدنها بغير إذن من له الإذن، فلزمه أرشه[4]، ووطئها بكرا فحصل له كمال اللذة، فلزمه مهر بكر، ولا يتداخلان لأنهما وجبا بشيئين[5] مختلفين؛ لأن الأرش يجب بإتلاف الجزء وهو سابق لتغييب الحشفة الموجب[6] للمهر.

فإن قيل: إذا فصلتم[7] إتلاف البكارة عن الوطء فيجب[8] أرش بكارة ومهر

---

(١) فى أ: ثبت.
(٢) فى أ: للشافعى.
(٣) فى أ: قلنا لإنه.
(٤) فى أ: الأرش.
(٥) فى أ: بسببين.
(٦) فى أ: الموجبة.
(٧) فى أ: قلتم.
(٨) فى أ: فينبغى أن يجب.

ثيب؛ لأن تغييب كمال الحشفة صادفها ثيبا فصار كما لو أزال بكارتها بأصبعه ثم وطئها فإنه يلزمه أرش البكارة ومهر ثيب، قال أصحابنا:

فالجواب: أنه حصل له لذة جماع بكر ويسمى واطئ بكر، بخلاف مسألة الأصبع.

فإن قيل: فقد نص الشافعى والأصحاب على أنه لو تزوج امرأة نكاحا فاسدا ووطئها وهى بكر لزمه مهر مثلها بكرا، ولا يلزمه مع أرش البكارة، مع أنه لا يستحق إتلاف بكارتها بخلاف المنكوحة نكاحا صحيحا.

فالجواب: أن إتلاف البكارة مأذون فيه فى النكاح الفاسد كما أنه مأذون فيه فى النكاح الصحيح، بخلاف البيع الفاسد، فإنه لا يلزم منه الوطء فهى فى النكاح الفاسد كمن قالت لإنسان: أذهب بكارتى بأصبعك، وكمن قال لغيره: اقطع يدى، أو أتلف سوأتى، فلا ضمان، والله سبحانه أعلم.

فإن أحبلها فالولد حر للشبهة، وهل عليه ولاء؟ فيه وجهان حكاهما الدارمى:

الصحيح: لا ولاء؛ لأنه انعقد حرا، وبهذا قطع القاضى أبو الطيب والجمهور، فإن خرج الولد حيا لزمه قيمته يوم الولادة؛ لأنه صار حرا بظنه فأتلف رقه على مالك الأمة، وتستقر عليه القيمة، فلا يرجع بها على البائع، بخلاف ما لو اشترى جارية فاستولدها، فخرجت مستحقة فإنه يغرم قيمة الولد، ويرجع بها على البائع؛ لأنه غره بخلاف مسألتنا، قال المصنف والأصحاب: ولا تصير الجارية أم ولد للواطئ فى الحال؛ لأنه لا يملكها، فإن ملكها بعد ذلك ففى مصيرها أم ولد القولان المشهوران فيمن أولد جارية غيره بشبهة ثم ملكها:

أصحهما: لا تصير.

فإن نقصت بالحمل أو الولادة لزمه أرشه.

وإن خرج الولد ميتا فلا قيمة.

لكن إن سقط بجناية وجبت الغرة على عاقلة الجانى، ويجب حينئذ للبائع أقل الأمرين من قيمة الولد يوم الولادة، والغرة، يطالب به من شاء من الجانى والمشترى؛ لأن ضمان الجانى له قام [1] مقام خروجه حيا، فإن كانت الغرة أقل

---

(١) فى أ: قائم.

أخذها البائع ولا شيء له غيرها، وإن كانت أكثر أخذ قدر القيمة وكانت البقية لورثة الجنين.

ولو رد المشترى الجارية إلى البائع فولدت عنده وماتت فى الطلق، وجبت قيمتها بلا خلاف وهل تكون فى مال الجانى؟ أم على عاقلته؟ فيه القولان المشهوران فى أن العاقلة هل تحمل قيمة العبد؟.

أصحهما: تحملها.

ولو وطئ أمة الغير بشبهة فماتت فى الطلق لزمه قيمتها فى ماله على قول، وعلى عاقلته فى الأصح، وفيه وجه ضعيف أنه لا ضمان فى الأمة الموطوءة بشبهة، وهو شاذ مردود.

ولو وطئ حرة بشبهة، أو فى نكاح فاسد، فماتت بالولادة[1]، ففى وجوب ديتها وجهان، وحكاهما الشيخ أبو حامد قولين:

أحدهما: تجب كالأمة.

وأصحهما: لا تجب؛ لأن الوطء سبب ضعيف، وإنما أوجبنا الضمان فى الأمة لأن الوطء استيلاء عليها، والعلوق من آثاره، فأدمنا الاستيلاء كالمحرم إذا نفر صيدا، وبقى نفاره إلى الهلاك بالبعير وغيره، فإنه يضمنه.

وأما الحرة فلا تدخل تحت الاستيلاء.

ولو زنى بامرأة مكرهة فماتت بالولادة حرة كانت أو أمة، ففيها قولان مشهوران:

أصحهما: لا ضمان؛ لأن الولادة غير مضافة شرعا لعدم النسب.

والثانى: يجب لأنه مولد[2] من فعله.

ولو ماتت زوجته فى الطلق من حملها منه، لم يجب الضمان بلا خلاف، لتولده من مستحق.

وحيث أوجبنا ضمان الحرة فهو الدية على عاقلة الواطئ وحيث أوجبنا ضمان قيمة الأمة فهو على عاقلته فى أصح القولين، وفى ماله فى الآخر، ومتى تعتبر قيمتها؟ فيه ثلاثة أوجه:

---

(١) فى أ: فى الولادة.

(٢) فى أ: متولد.

أصحها: يوم الإحبال؛ لأنه سبب التلف، كما لو جرح عبدا قيمته مائة فبقى متألما إلى أن مات منه وقيمته عشرة، يلزمه مائة.

والثانى: يوم الموت؛ لأنه وقت التلف.

والثالث: يجب أكثرهما كالغصب، والله أعلم.

فرع: إذا اشترى شيئا شراء فاسدا فباعه لآخر، فهو كالغاصب يبيع المغصوب، فإذا حصل فى يد الثانى وعلم الحال لزمه رده إلى المالك، ولا يجوز رده إلى المشترى الأول، فإن تلف فى يد الثانى نظر: إن كانت قيمته فى يدهما سواء، أو كانت فى يد الثانى أكثر - رجع المالك بالجميع على من[1] شاء منهما، والقرار على الثانى لحصول التلف فى يده، وإن كانت القيمة فى يد الأول أكثر، فضمان النقص على الأول خاصة، والثانى يرجع به على من شاء منهما والقرار على الثانى، وكل نقص حدث فى يد الأول يطالب به الأول دون الثانى، وكل نقص حدث فى يد الثانى يطالب به من شاء منهما والقرار على الثانى، وكذا حكم أجرة المثل.

ولو رد الثانى العين إلى الأول فتلفت عنده، فللمالك مطالبة من شاء منهما، والقرار على الأول.

فرع: إذا باعه شيئا بشرط أن يبيعه دازه، أو يشترى منه عبده، فالعقد الأول باطل كما سبق، فإذا عقد العقد الثانى المشروط فى الأول: فإن كانا يعلمان بطلان الشرط صح العقد الثانى، وإلا فلا؛ لأنهما بانيان[2] به على حكم الشرط الفاسد، هكذا قطع به البغوى وغيره، وقطع إمام الحرمين بالصحة وحكاه عن والده فى كتاب الرهن لأن المواطأة قبل العقد لا أثر لها عندنا، والأول أصح؛ لأن المواطأة ألا يعتقد لزوم الوفاء بخلاف مسألتنا، فنظيرها من مسألتنا أن يعلما فساد الشرط.

فرع: لو اشترى زرعا وشرط على بائعه أن يحصده، فالمذهب بطلان البيع، وبه قطع جمهور المصنفين، ونقله الماوردى وغيره عن جمهور أصحابنا المتقدمين، وقال أبو على بن أبى هريرة: فيه القولان فيمن جمع فى عقد بين بيع وإجارة، وقيل: شرط الحصاد باطل، وفى البيع قولا تفريق الصفقة، وسواء قال: بعتكه بألف على

---

(١) فى أ: ما.

(٢) فى أ: يأتيان.

أن تحصده، وقال الشيخ أبو حامد: لا يصح الأول قطعا، وفى الثانى الطريقان.

ولو قال: اشتريت منك هذا الزرع واستأجرتك على حصاده بعشرة، فقال: بعتك وأجرتك فطريقان:

أحدهما: أنه على القولين فى الجمع بين مختلفى الحكم.

وأصحهما: بطلان الإجارة، وفى البيع قولا تفريق الصفقة، ولو قال: اشتريت هذا الزرع بعشرة واستأجرتك على حصده بدرهم فقال: بعت وأجرت، قال البغوى وغيره: صح الشراء؛ لأنه لا شرط فيه، ولم تصح الإجارة؛ لأنه استئجار على العمل فيما لم يتم ملكه فيه؛ لأن أحد شقى الإجارة وجد قبل تمام البيع، فصار كما لو قال: استأجرتك لتخيط لى هذا الثوب، والثوب غير مملوك له فى الحال، فلو أفرد الشراء بعوض والاستئجار بعوض بعقد، فقال[1]: اشتريته بعشرة على أن تحصده بدرهم أو اشترى ثوبا وشرط عليه خياطته وصبغه، أو لبنا وشرط عليه جعله آجرا أو عبدًا زنجيًّا، أو نعلا وشرط عليه أن ينعل به دابته، أو جلدة وشرط عليه خرزها خفا، أو عبدا رضيعا وشرط عليه إتمام[2] رضاعته، أو متاعا على أن يحمله إلى بيته، وهما يعلمان البيت، فالمذهب بطلان العقد فى كل هذه الصور ونظائرها، فلو لم يعرف أحدهما البيت فى مسألة المتاع بطل العقد بلا خلاف، وممن صرح بهذه المسائل مجموعة البغوى وتابعه الرافعى ولو اشترى حطبا على ظهر بهيمة، وشرط عليه حمله إلى بيته بطل على المذهب، كما ذكرنا، فلو شرط وضعه فى موضعه صح قطعا، فلو أطلق فوجهان:

أصحهما: يصح، ويسلمه إليه موضعه؛ لأنه مقتضى الإطلاق.

والثانى: لا يصح العقد حتى يصرح باشتراط تسليمه فى موضعه؛ لأن العادة تقتضى حمله إلى داره، فيصير ذلك كالمشروط، وهذا الخلاف له تعلق بمسألة السر والعلانية فى الصداق ونظائرها.

فرع: الشرط المقارن للعقد يلحقه، فإن كان شرطا صحيحا لزم[3] الوفاء به، وإن كان فاسدا أفسد العقد.

---

(١) فى أ: بأن قال.
(٢) فى أ: تمام.
(٣) فى أ: لزمه.

وأما الشرط السابق فلا يلحق العقد، ولا يؤثر فيه، فلا يلزم الوفاء به، ولا يفسد العقد به إن كان شرطا فاسدا؛ لأن ما قبل العقد لغو، هكذا نص عليه وقطع به الأصحاب.

وأما الشرط الذى يشترط بعد تمام العقد: فإن كان بعد لزوم العقد بانقضاء الخيار فهو لغو قطعا، وإن كان قبله فى مدة خيار المجلس أو الشرط فثلاثة أوجه:

أحدها: لا يلحق وصححه المتولى.

والثانى: يلحق فى خيار المجلس دون خيار الشرط.

قاله الشيخ أبو زيد والقفال.

والثالث - وهو الصحيح عند الجمهور، وبه قطع أكثر العراقيين - : يلحق فى مدة الخيارين جميعا، وهو ظاهر نص الشافعى فعلى هذا فى محل صحة الإلحاق وجهان:

أحدهما: قاله أبو على الطبرى، وصححه الشيخ أبو على السنجى والبغوى وغيرهما أنه مفرع على قولنا: الملك فى زمن الخيار للبائع، أو موقوف وفسخ العقد.

فأما إن قلنا: للمشترى أو موقوف وأمضى العقد[١] فلا يلحق بعد انقضاء الخيار.

والوجه الثانى: أن جواز الإلحاق مطرد على الأقوال كلها وهذا هو الصحيح صححه العراقيون.

ولو ألحقا بالعقد زيادة فى الثمن أو المثمن أو ازدادا بباب من أبواب الخيار أو الأجل أو قدرهما أو فعلا ذلك فى المسلم فيه أو فى رأس مال السلم أو فى الصداق أو فى الإجارة أو غيرها من العقود، فحكمه حكم إلحاق الشرط الصحيح بالفاسد كما سبق[٢]، فإن كان بعد لزوم العقد فهو لغو، وإن كان قبله ففيه الخلاف.

فإذا قلنا: يلحق فالزيادة تلحق[٣] الشفيع، كما تلزم المشترى، ولو حط من الثمن شىء فحكمه كذلك، فإن كان بعد لزوم العقد فلغو فلا يسقط شىء من الثمن، ويأخذ الشفيع بجميع ما سمى فى العقد، ويختص المشترى بفائدة الحط، وإن كان

---

(١) فى أ: البيع.
(٢) فى أ: تقدم.
(٣) فى أ: تلزم.

قبل لزوم العقد ففيه الخلاف، فإن ألحقناه بالعقد انحط عن الشفيع ولو حط جميع الثمن فهو كالبيع بلا ثمن، وسبق حكمه فى أول البيوع، وحيث فسد العقد لشرط فاسد ثم أسقطا الشرط لم ينقلب العقد صحيحا، سواء كان الإسقاط فى المجلس أو بعده، وحكى الرافعى وجها أنه ينقلب صحيحا بالإسقاط فى المجلس، وهو شاذ ضعيف. والله سبحانه أعلم.

فرع: لو قال: بع عبدك لزيد بألف على أن على خمسمائة، فباعه على هذا الشرط فوجهان:

أصحهما: فساد البيع؛ لأنه ينافى مقتضى البيع، فإن مقتضاه أن جميع الثمن على المشترى، ولا يلزم غيره شىء.

والثانى: يصح ويجب على زيد ألف وعلى الآمر خمسمائة بالتزامه، وقد يكون له غرض صحيح فى ذلك، فهو كما لو قال: ألق متاعك فى البحر وعلى كذا عند إشراف السفينة على الغرق بسبب ذلك المتاع، وكما لو خالع الأجنبى بمال فى ذمته.

أما إذا قال: بع عبدك لزيد بألف فى ذمتى، فباعه كذلك، فالبيع باطل قطعا.

فرع: قد ذكرنا أنه يصح البيع بشرط الرهن والكفيل والإشهاد، فيصح البيع بشرط أن يرهن المشترى بالثمن، أو يقيم كفيلا به، أو يشهد عليه سواء كان الثمن حالا أو مؤجلا، ويجوز أيضا أن يشترط المشترى على البائع كفيلا بالعهدة، ويشترط تعيين الرهن والكفيل، والمعتبر فى الرهن المشاهدة أو الوصف بصفة المسلم فيه وفى الكفيل المشاهدة أو المعرفة بالاسم والنسب، ولا يكفى الوصف، كقوله: رجل موسر ثقة، هكذا ذكره الأصحاب ونص عليه ونقله الرافعى عنهم ثم قال: ولو قال قائل: الاكتفاء بالوصف أولى من الاكتفاء بمشاهدة من لا يعرف لم يكن مبعدا، وقال ابن كج: لا يشترط تعيين الكفيل، فإذا أطلق أقام من شاء كفيلا وهذا شاذ مردود لأن الغرض يختلف به اختلافا ظاهرا، ولا يشترط تعيين الشهود على أصح الوجهين، وادعى إمام الحرمين أنه لا يشترط قطعا، وجعل الخلاف فى أنه لو عين شهودا هل يتعينون؟ ولا يشترط كون المرهون عند المرتهن، أو عند عدل على أصح الوجهين بل إن اتفقا على يد المرتهن، أو عدل، وإلا جعله الحاكم فى يد عدل.

والثانى: يشترط ليقطع النزاع، فلو لم يرهن المشترى ما شرطه، أو لم يشهد، أو

لم يقم كفيلا أو لم يتكفل الذى عينه لم يجبر على شىء من ذلك، بل للبائع الخيار فى فسخ البيع ولا يقوم رهن آخر ولا كفيل آخر مقام المعين، فإن فسخ فذاك، وإن أجاز لزم البيع، ولا خيار للمشترى.

ولو عين شاهدين فامتنعا من التحمل: فإن قلنا: يشترط تعيينهما، فللبائع الخيار وإلا فلا.

فرع: فى مذاهب العلماء فيمن باع شيئا بشرط ينافى مقتضاه، بأن شرط ألا يبيعه أو لا يبيعه لغيره أو لا يطأها أو لا يزوجها أو لا يخرجها من البلد.

قد ذكرنا أن مذهبنا المشهور بطلان هذا البيع وسواء شرط فيه شرطا واحدا أم شرطين، وبه قال ابن عمر وعكرمة والأوزاعى ومالك[1] وأبو حنيفة وجماهير العلماء، قال الماوردى: هو مذهب جميع الفقهاء، وقال ابن سيرين وعبد الله بن شبرمة التابعيان وحماد بن أبى سليمان: البيع صحيح والشرط صحيح[2] وقال الحسن البصرى والنخعى وابن أبى ليلى وأبو ثور وابن المنذر: البيع صحيح والشرط باطل لاغ.

---

(١) قال فى أسهل المدارك (٢/ ٢٤٦ - ٢٤٧): (وبيع وشرط مناقض) يعنى من المنهى عنه البيع مع شرط يناقض المقصود من البيع، كأن يبيعها بشرط ألا يركبها، أو لا يبيعها، أو لا يلبسها، أو لا يسكنها، أو لا يتخذها أم ولد، فهذه الأشياء إذا شرط البائع واحدة منها يفسخ البيع على الأصح. قال المواق: اختلف فيه إذا وقع، فقيل إنه يفسخ ما دام البائع متمسكا بشرطه، فإن ترك الشرط صح البيع، وهذا هو المشهور فى المذهب إلا فى مسألة واحدة وهى شراء الرجل السلعة على أنه فيها الخيار إلى أجل بعيد فإنه يفسخ فيها البيع على كل حال ولا يمضى إن رضى مشترط الخيار بترك الشرط؛ لأن رضاه بذلك ليس بترك منه للشرط، وإنما هو مختار للبيع على الخيار الفاسد الذى اشترط اهـ. وقد ذكر ابن جزى فى القوانين ككلام بعض أئمة المذاهب ثم قال: وفى المذهب تفصيل: فإن كان الشرط يقتضى التحجير على المشترى بطل الشرط والبيع إلا أن يسقط عن المشترى شرطه فيجوز البيع، وذلك مثل أن يشترط عليه ألا يبيع ولا يهب، أو يشترط فى الأمة ألا يتخذها أم ولد، أو ألا يسافر بها، فإن اشترط منفعة لنفسه كركوب الدابة أو سكنى الدار مدة معلومة جاز البيع والشرط، وإن شرط ما لا يجوز إلا أنه خفيف جاز البيع وبطل الشرط، مثل أن يشترط إن لم يأته بالثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما، فإن قال البائع: متى جئتك بالثمن رددت إلى المبيع لا يجز، واختلف فى من شرط على المشترى ألا يبيع حتى ينصف من الثمن، ومن هذا النوع البيع باشتراط السلف من أحد المتبايعين، وهو لا يجوز بإجماع إذا عزم مشترطه عليه. فإن أسقطه جاز البيع خلافا لهم أى للأئمة الثلاثة. اهـ.

(٢) فى أ: لازم.

وقال أحمد[١] وإسحاق: إن شرطا شرطا واحدا من هذه الشرائط[٢] ونحوها صح البيع ولزم الشرط، وإن شرطا[٣] شرطين فأكثر بطل البيع وإلا فلا، فإذا باع ثوبا بشرط أن يخيطه البائع ويقصره فهما شرطان، فيبطل العقد، فإن شرط أحدهما فقد صح ولزم.

واحتج من صحح البيع وأبطل الشرط بقصة بريرة فى قوله ﷺ: «وَاشْتَرِطِى لَهُمْ الْوَلَاءَ» [٤] رواه البخارى ومسلم قالوا: فصحح النبى ﷺ البيع وأبطل الشرط.

واحتج من صححهما بحديث جابر رضى الله عنه أنه قال: «كُنْت مَعَ النَّبِى ﷺ فِي سَفَرٍ فَاشْتَرَى مِنِّى جَمَلًا وَاسْتَثْنَيْت حُمْلَانَهُ يَعْنِى رُكُوبَهُ إِلَى أَهْلِى» [٥] رواه البخارى ومسلم، وبحديث أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى ﷺ قال: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ» [٦] رواه أبو داود بإسناد حسن أو صحيح.

واحتج أحمد بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال: «لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ، وَلَا شَرْطَانِ فِى بَيْعٍ، وَلَا رِبْحُ مَا لَمْ

---

(١) قال فى الإنصاف (٤/ ٣٥٠): قوله (وإن جمع بين شرطين لم يصح) . هذا المذهب، وعليه الأصحاب . وعنه يصح . اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله . قاله في الفائق .
تنبيه : محل الخلاف إذا لم يكونا من مصلحة العقد . فأما إن كانا من مصلحته : فإنه يصح . على الصحيح من المذهب . اختاره القاضي في شرحه، والمصنف، وصاحب التلخيص، والمجد، والشارح، وغيرهم . وردوا غيره . وعنه لا يصح . اختاره القاضي في المجرد، وابن عقيل في التذكرة . قال في المستوعب، والحاويين : لا يجوز شرطان في بيع . فإن فعل بطل العقد . سواء كانا من الشروط الفاسدة أو الصحيحة . وقدماه . وقال في الرعاية الكبرى : لو شرط شرطين فاسدين، أو صحيحين، لو انفردا : بطل العقد . ويحتمل صحته دون شروطه المذكورة . وقال في الصغرى : وإن جمع في عقد شرطين ينافيانه بطل . فظاهره : أنهما إذا كانا من مصلحته لا يبطل كالأول . وأما إذا كان الشرطان فأكثر من مقتضاه : فإنه يصح قولا واحدا . قال المصنف، والشارح، وصاحب الفروع، وغيرهم : يصح بلا خلاف .
(٢) فى أ: الشروط.
(٣) فى أ: وشرطه.
(٤) تقدم.
(٥) تقدم.
(٦) أخرجه أحمد (٢/ ٣٦٦)، وأبو داود (٢/ ٣٢٧ - ٣٢٨) فى الاقضية باب فى الصلح (٣٥٩٤).

يَضْمَنْ، وَلَا بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»[١] حديث صحيح رواه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم بأسانيد صحيحة قال الترمذى: حديث حسن صحيح.

واحتج أصحابنا بحديث عائشة فى قصة بريرة رضى الله عنهما أن النبى ﷺ خطب فقال: «مَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِى كِتَابِ اللَّهِ، مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِى كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ فَهُوَ بَاطِلٌ، قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ، وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[٢] رواه البخارى ومسلم، وبحديث النهى

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٧٨٠) كتاب: العتق والولاء، باب: مصير الولاء لمن أعتق، حديث (١٧)، والبخارى (٤/ ٣٧٦) كتاب: البيوع، باب: إذا اشترط شروطًا فى البيع لا تحل، حديث (٢١٦٨)، ومسلم (٢/ ١١٤٢ - ١١٤٣) كتاب: العتق، باب: إنما الولاء لمن أعتق، حديث (٨/ ١٥٠٤)، وأبو داود (٤/ ٢٤٥ - ٢٤٦) كتاب: العتق، باب: فى بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة، حديث (٣٩٢٩)، والترمذى (٤/ ٤٣٦) كتاب: الوصايا، باب: فى الرجل يتصدق أو يعتق عند الموت، حديث (٢١٢٤)، والنسائى (٦/ ١٦٤) كتاب: الطلاق، باب: خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك، وابن ماجه (٢/ ٨٤٢) كتاب: العتق، باب: المكاتب، حديث (٢٥٢١) وأحمد (٦/ ٨١ - ٨٢، ١٨٣، ٢٠٦، ٢١٣، ٢٨١ - ٢٨٢)، وعبد الرزاق (١٦١٦١، ١٦١٦٤)، وأبو يعلى (٧/ ٤١١) رقم (٤٤٣٥)، وابن حبان (٤٢٥٨ - الإحسان)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ٤٣، ٤٥)، وابن الجارود (٩٨١)، والدارقطنى (٣/ ٢٢) كتاب: البيوع، والبيهقى (٥/ ٣٣٦)، والخطيب فى تاريخ بغداد (٣/ ٣٢) من طرق عن عروة عن عائشة زوج النبى ﷺ أنها قالت: جاءت بريرة فقالت: إنى كاتبت أهلى على تسع أواق، فى كل عام أوقية، فأعينينى. فقالت عائشة: إن أحب أهلك أن أعدها لهم عنك، عددتها ويكون لى ولاؤك، فعلت، فذهبت بريرة إلى أهلها، فقالت لهم ذلك، فأبوا عليها، فجاءت من عند أهلهاورسول الله ﷺ جالس فقالت لعائشة: إنى قد عرضت عليهم ذلك فأبوا على، إلا أن يكون الولاء لهم، فسمع ذلك رسول الله ﷺ فسألها فأخبرته عائشة. فقال رسول الله ﷺ: «خذيها واشترطى لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق». ففعلت عائشة، ثم قام رسول الله ﷺ فى الناس، فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: (أما بعد) فما بال رجال يشترطون شروطا ليست فى كتاب: الله؟ ما كان من شرط ليس فى كتاب: الله فهو باطل، وإن مائة شرط. قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق. وإنما الولاء لمن أعتق». وقال الترمذى: حسن صحيح.

وللحديث شاهد من حديث ابن عباس:

أخرجه الطبرانى فى المعجم الكبير (١١/ ١١) رقم (١٠٨٦٩) من طريق عمرو بن يحيى ابن غفرة: ثنا حماد بن زيد، عن عمرو بن دينار، عن طاوس، عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «كل شرط ليس فى كتاب: الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط».

وللحديث ذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد (٤/ ٢٠٨) وقال: رواه الطبرانى فى الكبير، وفيه عمرو بن يحيى بن غفرة، ولم أجد من ترجمه، وبقية رجاله ثقات.

عن بيع وشرط، وبالأثرين المذكورين فى الكتاب عن عمر رضى الله عنه وهما صحيحان كما سبق لأنه شرط يمنع كمال التصرف فأبطل البيع كما لو شرط أن يسلم بعض المبيع دون بعض.

والجواب عن قصة بريرة بجوابين:

أحدهما: أن الشرط لم يكن فى نفس العقد بل كان سابقا أو متأخرا.

والثانى: أن معنى اشترطى لهم الولاء أى عليهم وهذا منقول عن الشافعى رضى الله عنه والمزنى وغيرهما.

والجواب عن قصة جابر من وجهين:

أحدهما: أنه لم يكن بيعا مقصودا وإنما أراد النبى ﷺ بره والإحسان إليه بالثمن على وجه لا يستحى من أخذه، وفى طرق الحديث دلالة على هذا.

والثانى: أن الشرط لم يكن فى نفس العقد، ولأنها قضية عين يتطرق إليها احتمالات ولا عموم لها، فلا دلالة فيها مع أن الحديث فيه اضطراب.

والجواب عن حديث: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ» أنه عام مخصوص والمراد به الشروط الجائزة وليس هذا منها.

والجواب عن حديث عمرو بن شعيب أن هذا مفهوم اللقب والصحيح الذى عليه الأكثرون أنه لا يدل على نفى الحكم عما عداه[1] فلا يلزم النهى: «عن بيع وشرطين» جواز شرط واحد فهذا هو الجواب المعتمد، وأما الخطابى وغيره [فقال معناه][2] أن يقول بعتك هذا بدينار نقدا وبدينارين نسيئة فيكون بمعنى بيعتين فى بيعة، وحملهم على هذا التأويل أن العلة فى النهى عن شرطين موجودة فى شرط وهى[3] الغرر.

فرع: فى مذاهبهم فيمن اشترى شيئا شراء فاسدا:

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يملكه ولا يصح تصرفه فيه، ويلزمه رده، فإن تلف لزمه بدله وبه قال أكثر العلماء، وقال أبو حنيفة: يملكه بالقبض ملكا ضعيفا خبيثا، ويصح تصرفه، ويلزم كل واحد منهما فسخ الملك ورد العوض على صاحبه،

---

(١) فى أ: سواه.
(٢) فى ط: فمعناه.
(٣) فى أ: وهو.

وحقيقة مذهبه أنه لا يملكه بالعقد، ولا يجب الإقباض، فإن أقبضه ملكه ملكا ضعيفا، ومعناه أن للبائع انتزاعه عن[١] المشترى لكن لو تصرف فيه المشترى قبل ذلك ببيع أو عتق أو غيرهما نفذ تصرفه، فإن تلف عنده ضمنه بالقيمة، هذا إذا اشتراه بشرط فاسد أو بخمر أو خنزير، قال: فإن اشتراه بميتة أو دم أو عذرة أو نحو ذلك مما ليس هو مالاعند أحد من الناس لم يملكه أصلا، ولم يصح تصرفه، فوافقنا فى الدم ونحوه وشبهه، واحتج له بقصة بريرة، فإن «عائشة رضى الله عنها شرطت لهم الولاء»، وهو شرط فاسد بالاتفاق، ثم أعتقتها ونفذ عتقها، وأقر النبى ﷺ كل ذلك.

وقياسا على النكاح فإن الوطء فى فاسده يترتب عليه أحكام الوطء فى صحيحه، وقياسا على الكتابة فإن فاسدها كصحيحها فى حصول العتق إذا وجدت الصفة.

واحتج أصحابنا بقوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰا۟ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِى يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيْطَـٰنُ مِنَ ٱلْمَسِّ﴾ [البقرة: ٢٧٥] فلو كان المقبوض بعقد فاسد يملكه، لما توعده.

وقياسا على ما إذا اشتراه بميتة أو دم.

ولأن كل قبض أوجب ضمان القيمة لم يحصل به [الملك قياسًا على ما إذا أقبضه عن بيع][٢] شرط الخيار عند تمنع حصول الملك فى الصحيح والفاسد.

والجواب عن قصة بريرة من أوجه:

أحدها: أن الشرط لم يكن فى نفس العقد.

والثانى: أن لهم بمعنى عليهم.

والثالث: هو اختيار الشيخ أبى حامد والمحققين - : أن هذا الشرط والعقد كانا خاصة فى قصة عائشة لمصلحة قطع عادتهم، كما جعل فسخ الحج إلى العمرة خاصا بالصحابة فى حجة الوداع لمصلحة بيان جواز العمرة فى أشهر الحج.

والجواب عن قياسهم على النكاح أنا لا نسلم ما ادعوه وأن الأحكام فى النكاح تتعلق بمجرد العقد لا بالوطء، ولهذا يملك به الطلاق والظهار والخلع بخلاف

---

(١) فى أ: من.
(٢) سقط فى ط.

الفاسد، وقد أجمعنا على أنه لا يملك البضع بالوطء فى النكاح الفاسد.

وأما ما تعلق به من وجوب المهر ولحوق النسب والعدة وسقوط الحد، فلم يمكن[1] ذلك بسبب العقد، بل لكونه وطء شبهة، ولهذا تترتب هذه الأحكام على وطء الشبهة من غير عقد.

والجواب عن قياسهم على الكتابة أن العتق حصل بوجود الصفة لا بالعقد، ولهذا لو مات السيد بطلت الصفة ولم يعتق بالأداء إلى الوارث.

فرع: فى مذاهبهم فيمن باع دارا أو عبدا أو بهيمة واستثنى منفعة مدة معلومة، قد ذكرنا أن الصحيح المشهور فى مذهبنا بطلان البيع، وبه قال أبو حنيفة وفقهاء العراق، وقال الأوزاعى وأحمد وإسحاق: يصح البيع ويثبت الشرط، وبه قال أربعة من أئمة أصحابنا الفقهاء المحدثين، أبو ثور، ومحمد بن نصر، وأبو بكر بن خزيمة وابن المنذر، ونقله ابن المنذر عن أصحاب الحديث، وروى نحوه عن عثمان وصهيب رضى الله عنهما وقال مالك: إن شرط مدة قريبة كالشهر والشهرين، أو ركوب الدابة إلى مكان قريب جاز، وإن كانت مدة طويلة أو مكانا بعيدا فمكروه.

واحتج المجوزون بحديث جابر السابق وبالقياس على من باع نخلا عليها ثمرة غير مؤبرة، واستثنى البائع الثمرة له، فإنه يصح البيع وتبقى الثمرة على النخل إلى أوان الجذاذ، وهذا استثناء لمنفعة البيع، واحتج أصحابنا بما سبق، وأجابوا عن حديث جابر بما سبق، وعن الإجارة بأنه ليس باستثناء، بل المنافع كانت مستحقة قبل البيع، وعن النخل أنها ليس باستثناء منفعة، بل هو استثناء جزء معلوم من عين المبيع.

فرع: فى مذاهبهم فيمن باع سلعة، وقال فى العقد للمشترى: إن لم تأت بالثمن فى الوقت الفلانى فلا بيع بيننا، فمذهبنا بطلان هذا البيع، وحكى ابن المنذر عن الثورى وأحمد وإسحاق أنه يصح البيع والشرط، قال: وبه قال أبو ثور إذا كان الشرط ثلاثة أيام، وروى مثله عن ابن عمر، وبه قال أبو حنيفة: إن كان الوقت ثلاثة أيام صح البيع وبطل الشرط، وإن كان أكثر فسد البيع، فإن نقده فى ثلاثة أيام صح البيع ولزم، وقال محمد: يجوز نحو عشرة أيام، قال: وقال مالك: إن كان الوقت نحو يومين وثلاثة جاز، دليلنا أنه فى معنى تعليق البيع فلم يصح.

---

(١) فى أ: يكن.

باب تفريق الصفقة

الصفقة هى عقد البيع؛ لأنه كان عادتهم أن يضرب كل واحد من المتعاقدين يده على يد صاحبه عند تمام العقد.

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا جمع فى البيع بين ما يجوز بيعه وبين ما لا يجوز بيعه كالحر والعبد وعبده وعبد غيره، ففيه قولان:

أحدهما: تفرق الصفقة فيبطل البيع فيما لا يجوز، ويصح فيما يجوز؛ لأنه ليس إبطاله فيهما لبطلانه فى أحدهما بأولى من تصحيحه فيهما لصحته فى أحدهما، فبطل حمل أحدهما على الآخر وبقيا على حكمهما، فصح فيما يجوز وبطل فيما لا يجوز.

والقول الثانى: أن الصفقة لا تفرق فيبطل العقد فيهما، واختلف أصحابنا فى علته فمنهم من قال: يبطل لأن العقد جمع حلالا وحراما فغلب التحريم كما لو جمع بين أختين فى النكاح أو باع درهما بدرهمين، ومنهم من قال: يبطل لجهالة الثمن، وذلك أنه إذا باع حرا وعبدا بألف، سقط ما يخص الحر من الثمن فيصير العبد مبيعا بما بقى، وذلك مجهول فى حال العقد، فبطل، كما لو قال: بعتك هذا العبد بحصته من ألف درهم.

فإن قلنا: بالتعليل الأول بطل البيع فيما ينقسم الثمن فيه على القيمة، كالعبدين، وفيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء كالعبد الواحد؛ نصفه له ونصفه لغيره، أو كرين من طعام أحدهما له والآخر لغيره، وكذلك لو جمع بين ما يجوز وبين ما لا يجوز فى الرهن أو الهبة أو النكاح، بطل فى الجميع؛ لأنه جمع بين الحلال والحرام.

وإن قلنا: إن العلة جهالة العوض لم يبطل البيع، فيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء لأن العوض غير مجهول، ولا يبطل الرهن والهبة لأنه لا عوض فيه، ولا يبطل النكاح لأن الجهل بالعوض لا يبطله.

فإن قلنا: إن العقد يبطل فيهما، رد المبيع واسترجع الثمن.

وإن قلنا: إنه يصح فى أحدهما فله الخيار بين فسخ البيع وبين إمضائه؛ لأنه يلحقه ضرر بتفريق الصفقة فثبت له الخيار، فإن اختار الإمساك فبكم يمسك؟ فيه قولان:

أحدهما: يمسك بجميع الثمن، أو يرد؛ لأن ما لا يقابل العقد لا ثمن له، فيصير الثمن كله فى مقابلة الآخر.

والثانى: أنه يمسكه بقسطه؛ لأنه لم يبذل جميع العوض إلا فى مقابلتهما، فلا يؤخذ منه جميعه فى مقابلة أحدهما، واختلف أصحابنا فى موضع القولين:

فمنهم من قال: القولان فيما يتقسط العوض عليه بالقيمة، فأما ما يتقسط العوض عليه بالأجزاء فإنه يمسك الباقى بقسطه من الثمن، قولا واحدا؛ لأن فيما يتقسط الثمن عليه بالقيمة ما يخص الجائز مجهول، فدعت الضرورة إلى أن يجعل جميع الثمن فى مقابلته ليصير معلوما، وفيما يتقسط الثمن عليه بالأجزاء ما يخص الجائز معلوم، فلا حاجة بنا إلى أن نجعل جميع الثمن فى مقابلته.

ومنهم من قال: القولان فى الجميع، وهو الصحيح؛ لأنه نص على القولين فى بيع الثمرة قبل أن تخرج الزكاة والثمار مما يتقسط الثمن عليها بالأجزاء.

فإن قلنا: يمسك بجميع الثمن لم يكن للبائع الخيار؛ لأنه لا ضرر عليه.

وإن قلنا: يمسك بحصته، فهل للبائع الخيار؟ فيه وجهان:

أحدهما: أن له الخيار؛ لأنه تبعضت عليه الصفقة فيثبت له الخيار، كما يثبت للمشترى.

والثانى: لا خيار له؛ لأنه دخل على بصيرة؛ لأن الحر لا يؤخذ منه بثمن وإن باع مجهولا ومعلوما.

فإن قلنا: لا تفرق الصفقة بطل العقد فيهما.

وإن قلنا: تفرق، وقلنا: إنه يمسك الجائز بحصته، بطل البيع فيه؛ لأن الذى يخصه مجهول.

وإن قلنا: يمسكه بجميع الثمن صح العقد فيه.

وإن جمع بين حلالين ثم تلف أحدهما قبل القبض بطل البيع فيه، وهل يبطل فى الباقى؟ فيه طريقان:

أحدهما: أنه على القولين فى تفريق الصفقة؛ لأن ما يحدث من الهلاك قبل القبض كالموجود فى حال العقد فى إبطال العقد فوجب أن يكون كالموجود فى حال العقد فيما ذكرناه.

والثانى: لا يبطل إلا فيما تلف لأن فى الجمع بين الحلال والحرام إنما بطل

للجهل بالعوض، أو للجمع بين الحلال والحرام فى العقد، ولا يوجد هاهنا واحد منهما، فعلى هذا يصح العقد فى الباقى وللمشترى الخيار فى فسخ العقد لأنه تفرقت عليه الصفقة، فإن أمضاه أخذ الباقى بقسطه من الثمن قولا واحدا؛ لأن العوض هاهنا قابل المبيعين فانقسم عليهما فلا يتغير بالهلاك.

الشرح: تفريق الصفقة باب مهم يكثر تكرره والحاجة إليه، والفتاوى فيه، فأنا ألخص مقاصده وأوضحه إن شاء الله تعالى، فإذا جمعت الصفقة شيئين فهو ضربان:

أحدهما: أن تجمعهما فى عقدين مختلفى الحكم، وهذا هو الذى ذكره المصنف فى الفصل الذى بعد هذا.

والثانى: أن تجمعهما فى عقد واحد، وهذا الضرب له حالان:

أحدهما: يقع التفريق فى الابتداء.

والثانى: فى الانتهاء، فالحال الأول ينظر فيه إن جمع فيه شيئين يمتنع الجمع بينهما من حيث هو جمع، كجمع أختين أو خمس نسوة فى عقد نكاح، فالعقد باطل فى الجميع بلا خلاف، وإن جمع بين ما لا يمتنع جمعهما، فإن كان كل واحد منهما قابلا للعقد، بأن جمع عينين له كعبد وثوب [صح العقد فيهما بلا خلاف ثم إن كانا من جنسين كعبد وثوب][1]، أو من جنس لكنهما مختلفا القيمة كعبدين، وزع الثمن عليهما باعتبار القيمة، وإن كانا من جنس متفقى القيمة، كقفيزى حنطة واحدة وزع الثمن عليهما باعتبار الأجزاء.

وإن كان أحدهما قابلا للبيع دون الآخر، فهذه مسألة الكتاب، فالذى ليس قابلا للبيع قسمان:

أحدهما: أن يكون متقوما، كمن باع عبده وعبد غيره صفقة واحدة، فلا يصح البيع فى عبد غيره، وفى صحته فى عبده قولان مشهوران:

أحدهما: لا يصح.

وأصحهما: يصح؛ فإن قلنا: لا يصح ففى علته وجهان، وقيل: قولان:

أصحهما: الجمع بين حلال وحرام، فصار كمن باع درهما بدرهمين، أو جمع

---

(١) سقط فى ط.

فى عقد النكاح بين أختين أو خمس نسوة.

والثانية: جهالة العوض القابل للحلال، فيصير كما لو قال: بعتك هذا العبد بما يخصه من الألف إذا وزع عليه وعلى عبد فلان، فإنه لا يصح قطعا، قال إمام الحرمين: لا يصح بالإجماع.

وإن قلنا: إنه يصح فوجهه أنه يصح العقد عليه لو أفرده، فلا يتغير حكمه بضم غير ماله، كما لو باع شقصا وسيفا، فإنه تثبت الشفعة فى الشقص بلا خلاف، كما لو أفرده، ولأنه ليس له إلحاق ما يقبل البيع بالآخر بأولى من عكسه.

والجواب عن العلة الأولى: بأنها منكرة بمن باع شقصا وسيفا، ولأنه ليس أحد الدرهمين وإحدى الأختين أو الخمس بأولى من مشاركه، فبطل فى الجميع بخلاف مسألتنا.

والجواب عن الثانية: أن المسمى وقع فى العقد معلوما، وسقط بعضه لمعنى فى العقد، فلم يفسد العقد، كما إذا رجع بأرش العيب.

القسم الثانى: ألا يكون متقوما، وهو نوعان:

أحدهما: يتأتى تقدير التقويم فيه من غير تقدير تغير الخلقة كمن باع حرا وعبدا فالحر غير متقوم لكن يمكن تقويمه رقيقا، وفى هذا النوع طريقان:

أصحهما - وبه قطع المصنف وسائر العراقيين وجماعة من غيرهم - : أنه على القولين:

أصحهما: الصحة، والطريق الثانى القطع بالفساد؛ لأن[1] الحر ونحوه غير قابل للبيع بحال.

ولو باع عبده ومكاتبه أو أم ولده، وقلنا: لا يصح بيعهما، فهو كما لو باع عبده وعبد غيره، فيكون على قولين؛ لأن المكاتب وأم الولد متقومان بدليل وجوب قيمتهما على متلفهما.

النوع الثانى ألا يتأتى تقدير تقويمه من غير تقدير تغير الخلقة، كمن باع خلا وخمرا، أو مذكاة وميتة، أو شاة وخنزيرافقى صحة البيع فى الخل والمذكاة والشاة طريقان:

---

(١) فى أ : لأنه.

أصحهما: طرد الطريقين السابقين فيما إذا جمع حرا وعبدا.

والثانى: القطع بالفساد لأنه لا بد فى التقويم من التقدير بغيره، فلا يكون المقوم هو المذكور فى العقد والمذهب الصحة.

ولو باع شيئًا يتوزع الثمن على أجزائه، بعضه له وبعضه لغيره، كعبد أو صاع حنطة له نصفها، أو صاعى حنطة له أحدهما صفقة واحدة، ففيه خلاف مرتب على ما إذا باع عبدين له أحدهما.

فإن قلنا: يصح هناك فى ملكه فهنا أولى، وإلا فقولان: إن عللنا بالجمع بين حلال وحرام - لم يصح، وإن عللنا بالجهالة صح؛ لأن حصة المملوك معدومة[1] لا تتوقف على التقويم الذى لا يفيد إلا ظنا.

ولو باع الثمار التى وجبت فيها الزكاة، ففى صحة البيع فى قدر الزكاة خلاف سبق فى كتاب الزكاة:

الأصح: لا يصح، فعلى هذا الترتيب فى الباقى كما ذكرنا فيمن باع عبدا له نصفه ولو باع أربعين شاة وجبت فيها الزكاة وقلنا بالأصح: إنه لا يصح البيع فى قدر الزكاة، والترتيب فى الثانى كما سبق، فيمن باع عبده وعبد غيره.

فرع: المذهب فى صحة البيع فيما نقلناه من جميع هذه الصور السابقة، هكذا صححه الجمهور، سواء كان ذلك مما يتوزع الثمن على أجزائه كعبد له نصفه، وكذا صاع حنطة وثوب، وصاعى حنطة من صبرة مستوية له أحدهما، أو كان مما يتوزع عليه بالقيمة كعبده وعبد غيره، أو عبده وحر، أو كخل وخمر، وميتة ومذكاة، وخنزير وشاة، وغير ذلك فالصحيح: صحة البيع فى جميع هذه الصور عند الجمهور، قال الرافعى: توسطت طائفة من الأصحاب بين قولى تفريق الصفقة فقالوا:

الأصح: الصحة فى المملوك إذا كان المبيع مما يتوزع الثمن على أجزائه، والفساد فيما يتوزع على قيمته، قال: وقال الأكثرون: الأصح الصحة فى القسمين.

فرع: لا فرق فى جريان الخلاف فى المسائل السابقة بين أن يكون العاقدان عالمين بالحال أو جاهلين، هذا هو المذهب الذى صرح به كثيرون واقتضاه كلام

---

(١) فى أ: معلومة.

الباقين، وقال الشيخ أبو محمد فى مسألة الجمع بين حر وعبد: الخلاف مخصوص بما إذا كان المشترى جاهلا بحقيقة الحال.

فأما إذا كان عالما فالوجه القطع بالبطلان، كما لو قال: بعتك عبدى هذا بما يخصه من الألف لو وزع عليه وعلى عبد فلان، قال إمام الحرمين: هذا الذى قاله شيخى أبو محمد غير سديد، بل الوجه طرد القولين، واختار الغزالى قول أبى محمد، وهو شاذ.

فرع: لو رهن عبده وعبد غيره، أو عبده وحرا، أو وهبهما، أو زوج موليته وغيرها، أو مسلمة ومجوسية، أو حرة وأمة، لمن لا تحل له الأمة، فإن صححنا البيع فى الذى يملكه، فهنا أولى، وإلا فقولان بناء على العلتين: إن عللنا بجهالة العوض صح إذ لا عوض هنا، وإن عللنا بالجمع بين حلال وغيره فلا، وإن شئت قلت: فيه طريقان.

المذهب: الصحة.

والثانى: فيه قولان، ولو جمع فى شهادته بين مقبول وغيره كشهادته لابنه وأجنبى ففى قبولها فى حق الأجنبى هذا الخلاف.

المذهب: القبول.

فرع: إذا باع ماله وغيره، وصححنا العقد فى ماله، فإن كان المشترى جاهلا بالحال فله الخيار فى فسخ البيع، فإن فسخ فذاك، وإن أجاز فكم يلزمه من الثمن؟ فيه قولان مشهوران:

أصحهما: صحة حصة المملوك فقط إذا وزع على القيمتين؛ لأنه لم يبذل جميع العوض إلا فى مقابلتهما فلا يؤخذ منه جميعه فى مقابلة أحدهما.

والثانى: يلزمه جميع الثمن؛ لأن ما لا يقبل العقد لا ثمن له، فيصير العوض فى مقابلة الآخر.

ثم فى موضع القولين طريقان مشهوران ذكرهما المصنف والأصحاب:

أصحهما: أنهما مخصوصان بما إذا كان المبيع مما يتقسط الثمن عليه بالقيمة، فإن كان مما يتقسط على أجزائه فالواجب القسط قطعا؛ لأن حصته معلومة من غير تقويم.

وأصحهما: طرد القولين فى الحال، ورجح المصنف والأصحاب هذا الطريق؛

لأن الشافعى نص فى كتاب الأم وغيره على القولين فى بيع الثمرة قبل إخراج الزكاة، والثمرة يتقسط الثمن عليها بالأجزاء، قال المصنف والأصحاب: فإن قلنا: الواجب جميع الثمن فلا خيار للبائع؛ لأنه لا ضرر عليه.

فإن قلنا: بالقسط فوجهان، قال الشيخ أبو حامد فى تعليقه: وقيل: هما قولان:

أحدهما: له الخيار لتبعيض الثمن.

وأصحهما: لا خيار له؛ لأنه لم يلحقه نقص فيما يخص ملكه.

هذا كله إذا كان المشترى جاهلا، فإن كان عالما بالحال فلا خيار له قطعا كما لو اشترى معيبا عالما بعيبه، وفيما يلزمه من الثمن طريقان:

المذهب: أنه على القولين.

أصحهما: القسط.

والثانى: جميعه.

والطريق الثانى: القطع بجميع الثمن؛ لأنه التزمه عالما، وهذا فاسد، فإنه إنما التزمه فى مقابلة العبدين فلم يلزمه[1] فى مقابلة الحلال إلا حصته.

ولو اشترى عبدا وحرا، أو خلا وخمرا، أو مذكاة وميتة، أو شاة وخنزيرا، وصححنا العقد فيما يقبله، وكان المشترى جاهلا بالحال فأجاز، أو عالما، ففيما يلزمه الطريقان:

المذهب: طرد القولين: أصحهما: القسط.

والثانى: الجميع.

والطريق الثانى: الجميع، وهذا الطريق - وإن كان فيه احتمال فى صورة العلم - فهو غلط فى صورة الجهل، وهذا الطريق قول صاحب التلخيص وابن أبى هريرة والماوردى، وممن حكاه الدارمى وأبو على الطبرى فى الإفصاح والبغوى، وإن أوجبنا القسط فى هذه الصورة ففى كيفية توزيع الثمن على هذه الأشياء أوجه: أشهرها، وبه قطع الدارمى والبغوى وآخرون، ونقله إمام الحرمين عن طوائف من أصحاب القفال: أنه يقدر الحر عبدا والميتة مذكاة والخنزير شاة، ويوزع الثمن عليهما باعتبار الأجزاء.

---

(١) فى أ: يلتزم.

والثاني: يقدر الخمر خلا والخنزير بقرة.

والثالث: ينظر إلى قيمتها عند من يرى لها قيمة، وصحح الغزالى هذا الوجه، وهو احتمال لإمام الحرمين، وضعفه الإمام فقال: وكل هذا خبط، والله سبحانه أعلم.

ولو نكح مسلمة ومجوسية، أو حرة وأمة فى عقد، وصححنا نكاح المسلمة الحرة فطريقان، المذهب وبه قطع الجماهير أنه لا يلزمه جميع المسمى، قطعًا [لأنه لا خيار له بخلاف البيع على قول والثانى فيه القولان أصحهما هذا والثانى يلزمه جميع المسمى][1] وله الخيار فى رد المسمى والرجوع إلى مهر المثل، حكاه إمام الحرمين عن الشيخ أبى على السنجى، وضعفه جدا، وقال: هذا لم أره لغيره وهو ضعيف جدا لأن فيه إجحافا بالزوج؛ لأنه لا خيار له فى النكاح.

وأما تخييره فى رد المسمى والرجوع إلى مهر المثل فلا يزول به الإجحاف؛ لأن مهر المثل قد يكون بقدر المسمى أو أكثر فإذا قلنا بالمذهب: إنه لا يلزمه جميع المسمى، ففيما يلزمه قولان:

أصحهما: مهر المثل.

والثانى: قسطها من المسمى، إذا وزع على مهر مثلها، ومهر مثل المجوسية أو الأمة، وإذا اختصرت الخلاف جاء ثلاثة أقوال، كما حكاه الشيخ أبو على وإمام الحرمين:

أصحها: الواجب مهر المثل.

والثانى: قسطها من المسمى.

والثالث: جميع المسمى، وهو شاذ ضعيف.

فرع: لو باع ربويا بجنسه خرج بعض أحد العوضين مستحقا، وصححنا العقد فى الباقى، فأجاز المشترى فالواجب قسطه من الثمن بلا خلاف لأن المفاضلة بينهما حرام، كذا نقله البغوى وغيره.

فرع: لو باع معلوما ومجهولا بثمن واحد، كقوله: بعتك هذا العبد وعبدا آخر، والجميع له، لم يصح فى المجهول قطعا.

---

(١) سقط فى ط.

وأما المعلوم فقال المصنف والأصحاب: يبنى على ما لو كانا معلومين، وأحدهما ليس له.

فإن قلنا: هناك لا يصح فيما هو له لم يصح هنا فى المعلوم.

وإن قلنا: هناك يصح؛ فهنا قولان بناء على أنه كم يلزمه من الثمن؟.

إن قلنا: جميعه، صح ولزمه هنا أيضا جميع الثمن.

وإن قلنا: القسط وهو الأصح لم يصح هنا فى المعلوم، لتعذر التقسيط، وحكى البغوى والرافعى وغيرهما هذا قولا شاذا: أنه يصح فى المعلوم، ويثبت[(١)] للمشترى الخيار، فإن أجاز لزمه جميع الثمن قطعا، والمذهب فساد البيع فى المعلوم.

فرع: محل الفرعين[(٢)] فى مسائل الكتاب إذا اتحدت الصفقة دون ما إذا تعددت، حتى لو باع ماله فى صفقة، ومال غيره فى صفقة أخرى، فيصح فى ماله بلا خلاف، وطريق بيان تعددها واتحادها أن يقول إذا سمى لكل واحد من الشيئين ثمنا مفصلا فقال: بعتك هذا بألف، وهذا بمائة [فقبلهما المشترى لذلك على التفصيل، فإن قال: قبلت هذا بألف وهذا بالمائة][(٣)] فهما عقدان متعددان، فيصح فى ماله بلا خلاف، ويجب ما سمى له بلا خلاف، فلو جمع المشترى فى القبول فقال: قبلتهما أو قبلت، فطريقان حكاهما البغوى وغيره:

أحدهما: الصفقة متحدة فيكون فيه القولان:

وأصحهما وبه قطع الأكثرون: أنها متعددة، فيصح فى ماله بما سمى له؛ لأن القبول يترتب على الإيجاب، إذا وقع مفرقا وكذلك القبول.

وتتعدد الصفقة أيضا بتعدد البائع، فإن اتحد المشترى والمعقود عليه، كما إذا باع رجلان عبدا لرجل صفقة واحدة، وهل تتعدد بتعدد المشترى مثل أن يشترى رجلان من رجل عبدا؟ فيه قولان:

أصحهما: تتعدد كالبائع.

والثانى: لا؛ لأن المشترى يبنى على الإيجاب السابق بالنظر إلى ما وجب وهو واحد.

---

(١) فى أ: وثبت.
(٢) فى أ: القوانين.
(٣) سقط فى ط.

وللتعدد والاتحاد فوائد غير ما ذكرنا.

منها إذا حكمنا بالتعدد فوزن أحد المشتريين نصيبه من الثمن، لزم البائع تسليم نصيبه إليه من المبيع تسليم المشاع.

وإن قلنا: بالاتحاد لم يجب تسليم شيء إلى أحدهما، وإن وزن جميع ما عليه حتى يزن الآخر لثبوت حق الحبس كما لو اتحد المشترى وسلم بعض الثمن لا يجب تسليم قسطه من المبيع، وفيه وجه ضعيف حكاه إمام الحرمين والغزالى أنه يجب أن يسلم إليه القسط فى المقيس والمقيس عليه، إذا كان قابلا للقسمة، وهذا شاذ.

ومنها: إذا قلنا بالتعدد، فخاطب رجل رجلين فقال: بعتكما هذا العبد بألف، فقبل أحدهما نصفه بخمسمائة، أو قال مالك عبدٍ لرجل: بعناك هذا العبد بألف، فقبل نصيب أحدهما بعينه بخمسمائة فوجهان حكاهما البغوى وغيره:

أصحهما: بطلان العقد لعدم مطابقة القبول للإيجاب.

والثانى: صحته، كما يجوز لأحد المشترين رد نصيبه من المعيب.

ولو قال لرجلين: بعتكما هذين العبدين بألف، فقال أحدهما: قبلت هذا بخمسمائة، لم يصح قطعا، كما لو قال: بعتك هذا بألف، فقبل نصفه بخمسمائة، أو بعتك هذين العبدين، فقبل أحدهما بخمسمائة أو بما يخصه من الألف، لم يصح.

قال الشيخ أبو على وإمام الحرمين والغزالى والبغوى: وهذا بخلاف ما لو قال ولى المرأتين: زوجتكما بألف، فقبل إحداهما بعينها فإنه يصح النكاح فيهما [بلا خلاف لأن جهالة الصداق تمنع صحة النكاح][(١)].

فرع: ولو وكل رجلان رجلا فى البيع أو الشراء، وقلنا: الصفقة تتعدد بتعدد المشترى، أو وكل الرجل رجلين فى البيع أو الشراء، فهل الاعتبار فى تعدد العقد واتحاده بالعاقد؟ أم المعقود له؟ فيه أربعة أوجه:

أصحها - وبه قال ابن الحداد، ونقل الرافعى تصحيحه عن الأكثرين - : أن الاعتبار بالعاقد لأن أحكام العقد تتعلق به ألا ترى أن المعتبر رؤيته دون رؤية الموكل؟ وكذا خيار المجلس يتعلق به دون الموكل؟

---

(١) سقط فى ط.

والثانى: الاعتبار بالمعقود له قاله الشيخ أبو زيد وأبو عبد الله الخضرى وصححه الغزالى فى الوجيز لأن الملك له.

والثالث: الاعتبار فى طرف البيع بالمعقود له وفى الشراء بالعاقد وهو قول أبى إسحاق المروزى والفرق أن العقد يتم فى الشراء بالمباشر دون المعقود له، ولهذا لو أنكر المعقود له الإذن فى المباشرة وقع العقد للمباشر بخلاف طرف البيع.

قال إمام الحرمين - رحمه الله - : وهذا الفرق هو فيما إذا كان التوكيل بالشراء فى الذمة فإن وكله فى شراء عبد بثوب معين فهو كالتوكيل بالبيع.

والرابع: الاعتبار فى جانب الشراء بالموكل وفى البيع بهما جميعا فإنهما إن تعددا تعدد العقد اعتبارا بالشقص المشفوع فإن العقد يتعدد بتعدد الموكل فى حق الشفيع لا بتعدد الوكيل ويتفرع على هذه الأوجه مسائل:

منها: لو اشترى شيئا بوكالة رجلين فخرج معيبا، فإن اعتبرنا العاقد فليس لأحد الموكلين إفراد نصيبه بالرد وهل لأحد الموكلين وأحد الابنين طلب الأرش؟

ينظر إن وقع الناس بمن رد الآخر بأن رضى به أو تلف فله وإلا فوجهان:

أصحهما: له أيضا.

ومنها: لو وكل رجلان رجلا ليبيع عبدا لهما أو وكل أحد الشريكين صاحبه فباع الجميع، فخرج معيبا، فعلى الوجه الأول لا يجوز للمشترى رد نصيب أحدهما فقط وعلى الأوجه الأخرى يجوز.

ولو وكل رجل رجلين فى بيع عبده فباعاه لرجل فعلى الوجه الأول يجوز للمشترى رد نصيب أحدهما وعلى الأوجه الأخرى لا يجوز، ولو وكل رجلان رجلا فى شراء عبد له ولنفسه ففعل وخرج العبد معيبا فعلى الوجه الأول والثالث ليس لأحد الموكلين إفراد نصيبه بالرد، وعلى الثانى والرابع يجوز.

وقال القفال: إن علم البائع أنه يشترى لهما فلأحدهما رد نصيبه لرضا البائع بالتشقيص، وإن جهله فلا.

ومنها: لو وكل رجلان رجلا فى بيع عبد، ورجلان رجلا فى شرائه فتبايعه الوكيلان فخرج معيبا، فعلى الوجه الأول لا يجوز التفريق، وعلى الوجه الآخر يجوز، ولو وكل رجل رجلين فى بيع عبد، ووكل آخر آخرين فى شرائه فتبايعه الوكلاء، فعلى الوجه الأول يجوز التفريق وعلى الوجه الآخر لا يجوز، والله تعالى

أعلم.

الحال الثانى: أن يقع التفريق فى الانتهاء وهو صنفان اختيارى وغيره فالاختيارى هو فيما إذا اشترى شيئين صفقة فوجد بأحدهما عيبا، وقد ذكره المصنف فى باب المصراة والرد بالعيب، وسنشرحه بفروعه هناك إن شاء الله تعالى.

وأما غير الاختيارى فمن صوره إذا اشترى عبدين أو ثوبين ونحوهما، أو ثوبا وعبدا، فتلف أحدهما قبل القبض دون الآخر فيفسخ العقد فى التالف بلا خلاف، وفى الباقى طريقان مشهوران ذكرهما المصنف والأصحاب:

أحدهما: أنه على القولين فيمن باع عبده وعبد غيره؛ لأن ما يحدث قبل القبض كالموجود فى حال العقد فى إبطال العقد.

وأصحهما: القطع بأنه لا ينفسخ لعدم علتى الفساد المذكورتين هناك.

فإذا قلنا: لا ينفسخ فللمشترى الخيار فى الفسخ فيه لتبعض الصفقة عليه، فإن أجاز فبكم يجيز؟ فيه طريقان.

أصحهما وبه قطع المصنف والجمهور: لا يلزمه إلا قسط الباقى قولا واحدا؛ لأن العوض هنا قابل المبيعين مقابلة صحيحة حال العقد، وانقسم العوض عليهما، فلا يتغير بهلاك بعضه.

والثانى: فيه القولان فيمن جمع بين عبده وعبد غيره:

أصحهما: التقسيط.

والثانى: يلزمه جميع الثمن، وهذا الطريق مشهور فى كتب الخراسانيين، وذكره جماعات من العراقيين، منهم القاضى أبو حامد والقاضى أبو الطيب والدارمى والماوردى وابن الصباغ وآخرون منهم، وهو قول أبى إسحاق المروزى إلحاقا للطارئ بالمقارن.

قال القاضى أبو الطيب وصاحب البيان وآخرون:

فإن قلنا: يلزمه جميع الثمن فلا خيار للبائع.

وإن قلنا: بالقسط[1] ففى ثبوت الخيار له الوجهان السابقان:

أصحهما: لا خيار له.

---

(١) فى أ: بالتقسيط.

ولو اشترى عصيرا فصار بعضه خمرا قبل القبض، فهو كتلف أحد العبدين والحكم ما سبق ولو تفرقا فى السلم وقد قبض بعض رأس المال دون بعض، أو فى الصرف، وقد قبض البعض فهل ينفسخ فى الباقى؟ فيه الطريقان:

المذهب: لا ينفسخ.

ولو قبض أحد العبدين ثم تلف الآخر فى يد البائع ففى الانفساخ فى المقبوض خلاف مرتب على الصور السابقة، وهى إذا تلف أحدهما قبل قبض الآخر، وهذا أولى بعدم الانفساخ لتأكد العقد فيه بانتقال ضمانه إلى المشترى هذا إذا كان المقبوض باقيا فى يد المشترى، فإن تلف فى يده ثم تلف الآخر فى يد البائع ففى الانفساخ فى المقبوض خلاف مرتب على الصورة التى قبلها، وأولى بعدم الانفساخ لتلفه من ضمان المشترى.

وإذا قلنا: فى هذه الصورة بعدم الانفساخ، فهل له الفسخ؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، ويرد قيمته ويسترد الثمن إن كان سلمه.

وأصحهما: لا؛ بل عليه حصته من الثمن.

ولو اكترى دارا وسكنها بعض المدة ثم انهدمت، انفسخ العقد فى المستقبل، وفى الماضى الخلاف الذى ذكرناه فى المقبوض التالف.

المذهب: أنه لا ينفسخ، فعلى هذا هل له الفسخ؟ فيه الوجهان:

فإن قلنا: لا فسخ - وهو الأصح - فعليه من المسمى حصة الماضى من المدة.

وإن قلنا: بالانفساخ أو قلنا له الفسخ ففسخ، فعليه أجرة المثل للماضى، ويسترد المسمى إن كان دفعه.

ولو انقطع بعض المسلم فيه عند المحل، وكان الباقى مقبوضا أو غير مقبوض، وقلنا لو انقطع الجميع انفسخ العقد فيفسخ هنا فى المنقطع وفى الباقى الخلاف فيما إذا تلف أحد الشيئين قبل قبضهما.

فإذا قلنا: لا ينفسخ فله الفسخ، فإن أجاز فيلزمه حصته من رأس المال فقط.

وإن قلنا: لو قطع الجميع لم ينفسخ العقد كان المسلم بالخيار: إن شاء فسخ العقد فى الجميع، وإن شاء أجازه فى الجميع، وهل له الفسخ فى القدر المنقطع، والإجازة فى الباقى؟ فيه قولان:

أصحهما: ليس له، بناء على القولين فيمن اشترى عبدين فوجد بأحدهما عيبا هل

له إفراده بالرد؟

الأصح: ليس له.

فرع: لو اشترى عبدين فأبق أحدهما قبل القبض لم يبطل البيع فى الثانى[١] بلا خلاف؛ لأن البيع فى الآبق.

فرع: فى مذاهب العلماء فيمن باع ما يملكه وغيره صفقة واحدة.

ذكرنا مذهبنا وممن قال ببطلان العقد فيهما مالك وأبو ثور وداود وابن المنذر.

وقال أبو حنيفة: إن جمعت الصفقة مالا وغيره كخل وخمر، وعبد، وحر، وشاة وخنزير، ومذكاة وميتة، بطل العقد فى الجميع، وإن جمعت مالا وماله حكم المال كعبده وأم ولده بطل فى أم الولد وصح فى عبده؛ لأن أم الولد فى حكم المال، فإنها لو تلفت وجبت قيمتها لسيدها، وقد يحكم حاكم بصحة بيعها.

قال: وإن جمعت ماله ومال غيره صح البيع فى ماله، ووقف فى مال غيره على إجازته إن أجاز نفذ، وإن رد بطل العقد فيه، بناء على قاعدته، وفى مذهب أحمد ثلاث روايات، البطلان مطلقا، والصحة مطلقا، والأصح عندهم صحته فيما ينقسم الثمن على أجزائه وبطلانه فى غيره.

قال المصنف - رحمه الله تعالى: وإن جمع بين بيع وإجارة أو بين بيع وصرف، أو بين عبدين بشرط الخيار فى أحدهما دون الآخر بعوض واحد، ففيه قولان:

أحدهما: أنه يبطل العقدان؛ لأن أحكام العقدين متضادة، وليس أحدهما بأولى من الآخر فبطل الجميع.

والثانى: أنه يصح العقدان وينقسم العوض عليهما، على قدر قيمتهما؛ لأنه ليس فيه أكثر من اختلاف حكم العقدين، وهذا لا يمنع صحة العقد، كما لو جمع فى البيع بين ما فيه شفعة وبين ما لا شفعة فيه، وإن جمع بين البيع والنكاح بعوض واحد فالنكاح لا يبطل؛ لأنه لا يبطل بفساد العوض، وفى البيع قولان، ووجههما ما ذكرناه.

وإن جمع بين البيع والكتابة:

فإن قلنا فى البيع والإجارة: إنهما يبطلان بطل البيع والكتابة.

---

(١) فى أ: الباقى.

وإن قلنا: إن البيع والإجارة يصحان بطل البيع هاهنا؛ لأنه لا يجوز أن يبيع السيد من عبده، وهل تبطل الكتابة؟ يبنى على القولين فى تفريق الصفقة.

فإن قلنا: لا تفرق بطل.

وإن قلنا: تفرق بطل البيع وصحت الكتابة.

الشرح: فيه ثلاث مسائل: إحداها: إذا جمع فى العقد مبيعين مختلفى الحكم كثوبين شرط الخيار فى أحدهما دون الآخر، أو بين بيع وإجارة، أو بيع وسلم، أو إجارة وسلم، أو صرف وغيره فقولان مشهوران:

أصحهما: صحة العقد فيهما، ويقسط العوض عليهما بالقيمة.

والثانى: يبطل فيهما، وصورة البيع والإجارة: بعتك عبدى وأجرتك دارى سنة بألف.

وصورة البيع والسلم بعتك ثوبى ومائة صاع حنطة سلما بدينار.

وصورة الإجارة والسلم: أجرتك دارى سنة وبعتك مائة صاع سلما بمائة درهم.

ولو باع حنطة وثوبا بشعير ففى صحة البيع القولان؛ لأن التقابض فى الحنطة وما يقابلها من الشعير واحد[1]، ولا يجب فى الباقى، فهو كبيع وصرف.

والثانية: إذا جمع بيعا ونكاحا وقال: زوجتك جاريتى هذه وبعتك عبدى هذا بمائة، وهو ممن تحل له الأمة، أو قال: زوجتك بنتى وبعتك عبدها، وهى فى حجره، أو رشيدة وكلته فى بيعه، صح النكاح بلا خلاف، وفى البيع والصداق القولان السابقان فى البيع والإجارة:

أصحهما: الصحة فإن صححناهما وزع المسمى على قيمة المبيع ومهر المثل وإلا وجب فى النكاح مهر المثل وإذا قلنا: بالتوزيع فهو إذا كانت حصة النكاح فى صورة تزويج ابنته مهر المثل فأكثر فإن كانت أقل وجب مهر المثل بلا خلاف، فهذه صورة الجمع بين البيع والنكاح وهى أن يكون العوضان لشخص كما ذكرنا، فلو كانا لاثنين؛ بأن قال: بعتك عبدى وزوجتك بنتى بألف - فقد قطع الشيخ أبو حامد ببطلان البيع، ولعله فرعه على الصحيح، وإلا فتحقيقه أن يبنى على أنهما لو كانا لشخص؛ فإن قلنا: لا يصح البيع فهنا أولى وإلا ففيه القولان فيما لو كان لرجلين

---

(١) فى أ: واجب.

عبدان، لكل واحد عبد، فباعهما بثمن واحد، والأصح البطلان.

الثالثة: لو جمع بيعا وكتابة فقال لعبده: كاتبتك على نجمين إلى كذا وكذا، وبعتك ثوبى هذا جميعا بألف.

فإن قلنا: فى المسألتين السابقتين بالبطلان فيهما، فهنا أولى؛ وإلا فالبيع باطل. وفى الكتابة القولان:

أصحهما: الصحة وهذا الذى ذكروه من القطع ببطلان البيع تفريع على المذهب المشهور أن البيع يفسد بالشرط الفاسد، وفيه القول الشاذ السابق.

فرع: فى شىء من مسائل الدور يتعلق بتفريق الصفقة.

فإذا باع مريض عبدا لا مال له غيره بعشرة، وهو يساوى ثلاثين، بطل البيع، فى بعض المبيع، وفى الباقى طريقان:

أصحهما عند الجمهور: أنه على قولى تفريق الصفقة.

والثانى: القطع بالصحة، وصححه البغوى؛ لأن المحاباة هنا وصية، وهى تقبل من الغرر ما لا يقبل غيرها، فإن صححنا بيع الباقى ففى كيفيته قولان، وقيل وجهان:

أحدهما: يصح البيع فى القدر الذى يحتمله الثلث، والقدر الذى يوازى الثمن بجميع الثمن، ويبطل فى الباقى فيصح فى ثلثى العبد بالعشرة، ويبقى مع الورثة ثلث العبد، وقيمته عشرة، والثمن وهو عشرة، وذلك مثل المحاباة وهى عشرة، ولا تدور المسألة على هذا القول.

والثانى: أنه إذا أزيد[1] البيع فى بعض المبيع وجب أن يزيد[2] إلى الشراء ما يقابله من الثمن، فتدور المسألة؛ لأن ما ينفذ فيه البيع يخرج وما يقابله من الثمن يدخل فيها، ومعلوم أن ما ينفذ فيه البيع يزيد بزيادة التركة، وينقص بنقصها، ويتوصل إلى معرفة المقصود بطرق:

منها: أن ينسب ثلث المال إلى قدر المحاباة، ويصح البيع فى المبيع بمثل نسبة الثلث من المحاباة، فنقول فى هذه الصورة: ثلث المال عشرة، والمحاباة عشرون،

---

(١) فى أ: ارتد.

(٢) فى أ: يرتد.

والعشرة نصف العشرين، فيصح البيع فى نصف العبد وقيمته خمسة عشر بنصف الثمن، وهو خمسة، كأنه اشترى سدسه، ووصى له بثلثه، ويبقى مع الورثة نصف العبد، وهو خمسة عشر، والثمن وهو خمسة.

فالمبلغ عشرون وذلك مثل المحاباة.

واختلفوا فى الأصح من هذين القولين أو الوجهين فى الكيفية، فرجح كثيرون الأول.

وبه قال ابن الحداد قال القفال والأستاذ أبو منصور وغيرهما: هو المنصوص للشافعى رحمه الله قالوا: والثانى خرجه ابن سريج، ورجح آخرون الثانى واختاره أكثر الحساب وبه قال ابن القاص وابن اللبان وإمام الحرمين قال الرافعى: وهو فى المعنى، والله سبحانه أعلم.

* * *

باب الربا

الربا مقصور وهو من ربا يربو فيكتب بالألف، وتثنيته ربوان، واختار الكوفيون كتبه وتثنيته بالياء بسبب الكسرة فى أوله، وغلطهم البصريون، قال الثعلبى: كتبوه فى المصحف بالواو، وقال الفراء: إنما كتبوه بالواو؛ لأن أهل الحجاز تعلموا الخط من أهل الحيرة، ولغتهم الربو، فعلموهم صورة الخط على لغتهم، قال: وكذلك قرأها أبو سماك العدوى بالواو، وقرأ حمزة والكسائى بالإمالة بسبب كسرة الراء، وأقر الباقون بالتفخيم لفتحة الباء قال: وأنت بالخيار فى كتبه - بالألف والواو والياء - والرماء - بالميم والمد - والربية بالضم والتخفيف لغة فى الربا، وأصله الزيادة، وأربى الرجل وأرمى عامل بالربا.

قال المصنف - رحمه الله تعالى: الربا محرم، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ [البقرة:٢٧٥]، وقوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰا۟ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِى يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيْطَٰنُ مِنَ ٱلْمَسِّ﴾ [البقرة: ٢٧٥] روى فى التفسير حين يقوم من قبره، وروى ابن مسعود - رضى الله عنه - قال: «لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ آكِلَ الرِّبَا وَمُوكِلَهُ وَشَاهِدَهُ وَكَاتِبَهُ»...

الشرح: المس: الجنون قال العلماء من المفسرين وغيرهم: قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ [البقرة: ٢٧٥] معناه: يتعاملون[1] به بيعا أو شراء، وإنما خص الأكل بالذكر؛ لأنه معظم المقصود، كما قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا﴾ [النساء: ١٠]، وقوله تعالى: ﴿لَا يَقُومُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] أى يوم القيامة من قبورهم ﴿إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِى يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيْطَٰنُ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، قال أهل التفسير واللغة: التخبط هو الضرب على غير الاستواء، ويقال: خبط البعير إذا ضرب بأخفافه، ويقال للرجل الذى يتصرف تصرفا رديئا ولا يهتدى فيه: هو يخبط خبط عشواء، وهى الناقة الضعيفة البصر، قالوا: فمعنى الآية أن الشيطان يصيبه بالجنون حين يقوم من قبره فيبعث مجنونا، فيعرف أهل الموقف أنه من أكلة الربا.

وأما حديث ابن مسعود [2] المذكور فى الكتاب - فصحيح، رواه أبو داود

---

(١) فى أ: يعاملون.

(٢) أخرجه أحمد (١/ ٣٩٣و٣٩٤و٤٠٢و٤٥٣)، وأبو داود (٣٣٣٣)، وابن ماجه (٢٢٧٧)، وأبو يعلى (٤٩٨١)، والطحاوى فى شرح المعانى (٤/٦٨)، وابن حبان (٥٠٢٥)، =

والترمذى وابن ماجه وآخرون بأسانيد صحيحة، قال الترمذى: هو حديث حسن صحيح، وهو من رواية عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه، وقد قال يحيى بن معين: إنه لم يسمع أباه، ولكن قال على بن المدينى والأكثرون المحققون: سمعه، وهى زيادة علم، ورواه مسلم فى صحيحه من رواية جابر بن عبد الله[١] - رضى الله عنهما - ووقع فى المهذب وسنن أبى داود، وشاهده بالإفراد، وفى الترمذى وشاهديه بالتثنية.

أما الأحكام: فقد أجمع المسلمون على تحريم الربا، وعلى أنه من الكبائر.

وقيل: إنه كان محرما فى جميع الشرائع، وممن حكاه الماوردى، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: قال الماوردى: اختلف أصحابنا فيما جاء به القرآن من تحريم الربا على وجهين:

أحدهما: أنه مجمل فسرته السنة، وكل ما جاءت به السنة من أحكام الربا فهو بيان لمجمل القرآن، نقدا كان أو نسيئة.

والثانى: أن التحريم الذى فى القرآن إنما تناول ما كان معهودا للجاهلية من ربا النساء، وطلب الزيادة فى المال بزيادة الأجل، وكان أحدهم إذا حل أجل دينه ولم يوفه الغريم أضعف له المال وأضعف الأجل، ثم يفعل كذلك عند الأجل الآخر، وهو معنى قوله - تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا الرِّبَوٰٓا أَضْعَـٰفًا مُّضَـٰعَفَةً﴾ [آل عمران: ١٣٠]، قال: ثم وردت السنة بزيادة الربا فى النقد مضافا إلى ما جاء به القرآن، قال: وهذا قول أبى حامد المروزى..

فرع: يستوى فى تحريم الربا الرجل والمرأة، والعبد والمكاتب بالإجماع، ولا فرق فى تحريمه بين دار الإسلام ودار الحرب، فما كان حراما فى دار الإسلام كان حراما فى دار الحرب، سواء جرى بين مسلمين، أو مسلم وحربى، سواء دخلها المسلم بأمان أم بغيره هذا مذهبنا، وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف والجمهور.

قال أبو حنيفة: لا يحرم الربا فى دار الحرب بين المسلم وأهل الحرب، ولا بين

= والبيهقى (٥/ ٢٩١)، وبمثله رواه مسلم من طريق أخرى (١٠٥/ ١٥٩٧).

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٢١٩) (١٠٦/ ١٥٩٨)

مسلمين لم يهاجرا منها، وإذا باع مسلم لحربى فى دار الحرب درهما بدرهمين أو أسلم رجلان فيها ولم يهاجرا فتبايعا درهما بدرهمين - جاز، واحتج له بما روى عن مكحول عن النبى ﷺ قال: «لَا رِبَا بَيْنَ مُسْلِمٍ وَحَرْبِى فِى دَارِ الْحَرْبِ»، ولأن أموال أهل الحرب مباحة بغير عقد، فالعقد الفاسد أولى.

واحتج أصحابنا بعموم القرآن والسنة فى تحريم الربا من غير فرق؛ ولأن ما كان ربا فى دار الإسلام كان ربا محرما فى دار الحرب، كما لو تبايعه مسلمان مهاجران، وكما لو تبايعه مسلم وحربى فى دار الإسلام؛ ولأن ما حرم فى دار الإسلام حرم هناك، كالخمر وسائر المعاصى؛ ولأنه عقد على ما لا يجوز فى دار الإسلام؛ فلم يصح كالنكاح الفاسد هناك.

والجواب عن حديث مكحول: أنه مرسل ضعيف فلا حجة فيه، ولو صح لتأولناه على أن معناه لا يباح الربا فى دار الحرب جمعا بين الأدلة.

وأما قولهم: إن أموال الحربى مباحة بلا عقد، فلا نسلم هذه الدعوى إن دخلها المسلم بأمان، فإن دخلها بغير أمان فالعلة منتقضة كما إذا دخل الحربى دار الإسلام فبايعه المسلم فيها درهما بدرهمين، وأنه لا يلزم من كون أموالهم تباح بالاغتنام استباحتها بالعقد الفاسد ولهذا تباح أيضا على نسائهم بالسبى دون العقد الفاسد.

قال المصنف - رحمه الله تعالى: والأعيان التى نص على تحريم الربا فيها الذهب والفضة والبر[1] والشعير والتمر والملح، والدليل عليه ما روى عبادة بن الصامت - رضى الله عنه - قال: «سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَنْهَى عَنْ بَيْعِ الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ بِالْفِضَّةِ وَالتَّمْرِ بِالتَّمْرِ وَالْبُرِّ بِالْبُرِّ وَالشَّعِيرِ بِالشَّعِيرِ وَالْمِلْحِ بِالْمِلْحِ إِلَّا سَوَاءً بِسَوَاءٍ عَيْنًا بِعَيْنٍ، فَمَنْ زَادَ أَوِ اسْتَزَادَ فَقَدْ أَرْبَى».

فأما الذهب والفضة: فإنه يحرم فيهما الربا؛ لعلة واحدة، وهو أنهما من جنس الأثمان، فيحرم الربا فيهما، ولا يحرم فيما سواهما من الموزونات، والدليل عليه أنه لا يجوز أن يكون تحريم الربا لمعنى يتعداهما إلى غيرهما من الأموال، ؛ لأنه لو كان لمعنى يتعداهما إلى غيرهما لم يجز إسلامهما فيما سواهما من الأموال؛ لأن كل شيئين جمعتهما علة واحدة فى الربا لا يجوز إسلام أحدهما فى الآخر، كالذهب

(١) فى أ: والحنطة.

والفضة والحنطة والشعير، فلما جاز إسلام الذهب والفضة فى الموزونات والمكيلات وغيرهما من الأموال - دل على أن العلة فيهما لمعنى لا يتعداهما، وهو أنه من جنس الأثمان.

الشرح: حديث عبادة [١] - رضى الله عنه -: رواه مسلم، وأجمع المسلمون على تحريم الربا فى هذه الأعيان الستة المنصوص عليها، واختلفوا فيما سواها فقال داود الظاهرى[٢] وسائر أهل الظاهر والشيعة والقاشانى وسائر نفاة القياس: لا تحريم

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٢١٠)، فى كتاب المساقاة: باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا (٨٠/ ١٥٨٧)، وأبو داود فى السنن (٣/ ٢٤٨)، فى البيوع: باب في الصرف (٣٣٤٩)، والترمذى (٣/ ٥٤١)، فى البيوع: باب ما جاء أن الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل (١٢٤٠)، قال وفى الباب عن أبى سعيد وأبى هريرة وبلال وأنس وقال حديث عبادة حديث حسن صحيح، والنسائى (٧/ ٢٧٤ - ٢٧٥)، فى البيوع: باب بيع البر بالبر، وابن ماجة (٢/ ٧٥٧)، فى التجارات: باب الصرف (٢٢٥٤).

(٢) ذهب ابن حزم، وطاوس، وقتادة، وأهل الظاهر، والبتى إلى قصر ثبوت الربا على تلك الأصناف الستة. فلا يجرى فى غيرها. ويرى جمهور الفقهاء: أن الربا يوجد فى غيرها؛ بناء على المعنى الموجود فى تلك الأصناف.

وسبب اختلافهم هو: هل هذه الأصناف المذكورة فى الحديث من باب الخاص أريد به الخاص، أو الخاص أريد به العام؟ فإلى الأول ذهب ابن حزم، وموافقوه، وإلى الثانى ذهب الجمهور. وبالتالى: هل النص الذى ثبتت به الحرمة فى الأصناف الستة معلل أولا. بالأول قال الجمهور، وبالثانى قال ابن حزم ومن معه.

الأدلة

ابن حزم: استدل بأن الحديث لم ينص على أكثر من هذا، ولا بيان بعد بيان رسول الله ﷺ ولا حرام إلا ما حرمه الله تعالى في كتابه أو على لسان نبيه، وهذا من ابن حزم بناء على إنكاره القياس. أما عثمان البتى فيرى أن قياس الشبه ضعيف. وهو إنما يقول بالقياس إذا قام دليل على تعدية الحكم.

دليل الجمهور: استدلوا بحديث الأصناف الستة، وقالوا فيه إن هذه الأصناف ذكرت رمزا لغيرها، مما وجد فيه معناها. فالبر والشعير: رمز للقوت الأساسى والتمر: رمز لكل طعام حلو. والملح: رمز لكل ما يستصلح به. هذا عند غير الحنفية وموافقيهم. أما هم فيقولون: إن المرموز إليه بهذه الأصناف: هو كل مكيل أو موزون.

ودعوى ابن حزم أنه لا نص على الزيادة عن هذه الأصناف مردودة بما يأتى:

أولاً - روى مالك بن أنس وإسحاق الحنظلى حديث الأصناف الستة وفيه زيادة (وكذلك كل ما يكال ويوزن) فهو تنصيص على تعدية الحكم إلى سائر الأموال.

ثانياً - روى ابن عمر أن رسول الله - ﷺ - قال: «لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين، ولا الصاع بالصاعين، وهو واضح؛ إذ لم يرد به عين الصاع، وإنما أراد ما يدخل تحته، وهو عام يشمل الأصناف الستة وغيرها.

=

فى الربا فى غيرها، وحكاه صاحب الحاوى عن طاوس ومسروق والشعبى وقتادة وعثمان البتى وقال سائر العلماء: لا يتوقف تحريم الربا عليها بل يتعدى إلى ما فى معناها، وهو ما وجدت فيه العلة التى هى سبب تحريم الربا فى السنة واختلفوا فيها.

فأما الذهب والفضة: فالعلة عند الشافعى فيهما كونهما جنس الأثمان غالبا، وهذه عنده علة قاصرة عليهما لا تتعداهما، إذ لا توجد فى غيرهما، وقال أبو حنيفة[1]: العلة فيهما الوزن فى جنس واحد، فألحق بهما كل موزون كالحديد

= ثالثا - جاء في حديث عامل خيبر - رضى الله عنه - أنه أهدى إلى رسول الله ﷺ تمرًا جنيبا فقال رسول الله - ﷺ - «أو كل تمر خيبر هكذا» فقال: لا. ولكن دفعت صاعين من عجوة بصاع من هذا فقال - ﷺ - «أربيت هلا بعت تمرك بسلعة ثم اشتريت بسلعتك تمرا» ثم قال ﷺ «وكذلك الميزان» يعنى ما يوزن بالميزان وبهذا يرد على عثمان البتى أيضاً. فقد قام الدليل بهذه الآثار على تعدية الحكم من الأصناف الستة إلى غيرها فإن قال ابن حزم وموافقوه: (ما الفائدة إذن فى تخصيص هذه الأصناف الستة بالذكر» قلنا لهم: إن عامة المعاملات فى عهد رسول الله ﷺ كانت فيها.

يظهر مما قدمناه من الأدلة ومناقشاتها رجحان مذهب الجمهور على مذهب ابن حزم ومتابعيه.

أما ما قاله ابن حزم فى استدلاله فقد عول فيها على حدة لسانه فى أكثر مواقفه من أئمة المسلمين، والكلام معه هنا مبنى على الكلام فى حجية القياس، وقد رجح هناك مذهب الجمهور على مذهب الظاهرية؛ لأن القياس دليل شرعى فانبنى كلامه هنا على غير أساس ولو مشينا مع الظاهرية فى مبدئهم من عدم استعمال القياس، والوقوف عند ظاهر النصوص لضاقت دائرة الأحكام الشرعية، وكانت الشريعة الإسلامية أشبه بلائحة فردية محدودة. كيف، والشريعة الإسلامية معظم مسائلها مبادئ عامة تبسط بمرور الزمن، ويطبق عليها ماجد مما يشترك مع ما نص عليه فى المعنى الذى وجد فيه ضرورة أنها خاتم الشرائع وشريعة الخلود. وإذن فلا معنى لعد ابن حزم القول بتعدية الحكم كفراً وتعديًا على نص رسول الله ﷺ بل ذلك منه عدوان وإساءة وظلم إذ يجر على تكفير أئمة المسلمين، والشريعة لا تسوغ تأثيم شخص بدون مبرر فضلا عن تكفيره.

(١) قال الحنفية: علة تحريم الربا فى الأصناف الواردة فى الحديث الجنس مع الكيل فى المكيل، أو مع الوزن فى الموزون فيحرم الفضل والنساء بوجودهما معا والنساء فقط بوجود أحدهما. والمراد بالكيل نصف الصاع فما فوق. وبالوزن ما ينسب إلى الرطل مثل الحبة لكن حقق العلامة الكمال بن الهمام فى فتح القدير: عدم التقييد بنصف الصاع فى الكيل وبما ينسب إلى الرطل فى الوزن. وقال: لو فرضنا أن بلدا تعاملت بمكيال دون الحفنة؛ لكان ذلك المكيال أداة للتقدير وتقييد الشارع بنصف الصاع فى الكفارات، لا يدل على إهدار غيره والمراد بالجنس ما اختلف اسمه الخاص، والمقصود منه كالحنطة والذرة والشعير. وعلى هذا المال الربوى عندهم هو كل مكيل أو موزون اتحد جنسه، أو اختلف. وكل متحد الجنس وإن لم يكن مكيلا أو موزوناً.

والنحاس والرصاص والقطن والكتان والصوف، وكل ما يوزن فى العادة، ووافق أنه لا يحرم الربا فى معمول الحديد والنحاس ونحوهما، وإنما يحرم فى التبر، وممن قال بمعنى قول أبى حنيفة الزهرى والحكم وحماد والثورى والأوزاعى.

واحتج لهم بحديث سعيد بن المسيب عن أبى هريرة وأبى سعيد الخدرى - رضى الله عنهم - أنهما حدثاه: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بَعَثَ أَخَا بَنِى عَدِى الْأَنْصَارِى فَاسْتَعْمَلَهُ عَلَى خَيْبَرَ فَقَدِمَ بِتَمْرٍ جَنِيبٍ؛ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: أَكُلُّ تَمْرِ خَيْبَرَ هَكَذَا؟ قَالَ: لَا، وَاللَّهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّا لَنَشْتَرِى الصَّاعَ بِالصَّاعَيْنِ مِنَ الْجَمْعِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: لَا تَفْعَلُوا، وَلَكِنْ مِثْلًا بِمِثْلٍ، أَوْ بِيعُوا هَذَا وَاشْتَرُوا قِيمَتَهُ مِنْ هَذَا، وكذلك الْمِيزَانُ»[1] رواه البخارى ومسلم.

قالوا: يعنى وكذلك الموزون، فيدل على أن كل موزون لا يجوز التفاضل فيه، قالوا: ولأن علتكم قاصرة فإنها لا تتعدى الذهب والفضة وهما الأصل الذى استنبطتم منه العلة، وعندكم فى العلة القاصرة وجهان لأصحاب الشافعى:

أحدهما: أنها فاسدة لا يجوز التعليل بها لعدم الفائدة فيها، فإن حكم الأصل قد عرفناه وإنما مقصود العلة أن يلحق بالأصل غيره.

والوجه الثانى: أن القاصرة صحيحة، ولكن المتعدية أولى، قالوا: فعلتكم مردودة على الوجهين؛ لأن حكم الذهب والفضة عرفناه بالنص.

قالوا: ولأن علتكم قد توجد ولا حكم، وقد يوجد الحكم ولا علة كالفلوس بخراسان وغيرها فإنها أثمان ولا ربا فيها عندكم.

والثانى: كأوانى الذهب والفضة يحرم الربا فيها مع أنها ليست أثمانا.

واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف، وهو أنه يجوز إسلام الذهب والفضة فى غيرهما من الموزونات بالإجماع، كالحديد وغيره فلو كان الوزن علة لم يجز كما لا يجوز إسلام الحنطة فى الشعير، والدراهم فى الدنانير؛ ولأن أبا حنيفة يجوز بيع المضروب من النحاس والحديد والرصاص، بعضه ببعض متفاضلا ولو كانت العلة الوزن لم يجز فإن قالوا: خرجت بالضرب عن كونها موزونة - قلنا: لا نسلم.

---

(١) أخرجه البخارى (١٥/ ٢٥٥ - ٢٥٦) فى كتاب الاعتصام باب إذا اجتهد العامل أو الحاكم (٧٣٥٠و٧٣٥١)، ومسلم (٣/ ١٢١٥) فى كتاب المساقاة باب بيع الطعام مثلاً بمثل (٩٤/ ١٥٩٣).

وأجاب أصحابنا عن حديثهم بثلاثة أجوبة:

أحدها: جواب البيهقى، قال: قد قيل إن قوله: وكذلك الميزان من كلام أبى سعيد الخدرى موقوف عليه.

الثانى: جواب القاضى أبى الطيب وآخرين: أن ظاهر الحديث غير مراد، فإن الميزان نفسه لا ربا فيه وأضمرتم فيه الموزون. ودعوى العموم فى المضمرات لا يصح.

الثالث: أنه يحمل الموزون على الذهب والفضة جمعا بين الأدلة.

وأجابوا عن قولهم: لا فائدة فى العلة القاصرة بأن مذهبنا جواز التعليل بها؛ فإن العلل أعلام نصبها الله - تعالى - للأحكام، منها متعدية، ومنها غير متعدية، إنما يراد منها بيان حكمة النص لا الاستنباط، وإلحاق فرع بالأصل كما أن المتعدية عامة التعدى وخاصته.

ثم لغير المتعدية فائدتان:

إحداهما: أن تعرف أن الحكم مقصور عليها، فلا تطمع فى القياس.

والثانية: أنه ربما حدث ما يشارك الأصل فى العلة فيلحق به، وأجابوا عن الفلوس بأن العلة عندنا كون الذهب والفضة جنس الأثمان غالبا، وإن لم تكن أثمانا، والله سبحانه أعلم.

فرع: وأما داود وموافقوه فاحتجوا بعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وبقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وبأن أصل الاستثناء الإباحة..

واحتج أصحابنا بحديث معمر بن عبد الله - رضى الله عنه - قال: «كُنْت أَسْمَعُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ مِثْلًا بِمِثْلٍ» [1] رَوَاهُ مُسْلِمٌ، وَعَنِ ابْنِ عُمَرَ - رضى الله عنهما - قَالَ: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْمُزَابَنَةِ: أَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ ثَمَرَ حَائِطِهِ إنْ كَانَ نَخْلًا بِتَمْرٍ كَيْلًا، وَإِنْ كَانَ كَرْمًا أَنْ يَبِيعَهُ بِزَبِيبٍ كَيْلًا، وَإِنْ كَانَ زَرْعًا أَنْ يَبِيعَهُ بِكَيْلِ طَعَامٍ، وَنَهَى عَنْ ذَلِكَ كُلِّهِ» [2] رواه البخارى ومسلم.

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٢١٤) (٩٣/ ١٥٩٢)، وأحمد (٦/ ٤٠٠)، والبيهقى فى الكبرى (٥/ ٢٨٣ - ٢٨٥)، والدارقطنى (٣/ ٢٤).

(٢) أخرجه أحمد (٢/ ٥)، والبخارى (٤/ ٣٨٤) كتاب: البيوع، باب: بيع المزابنة، الحديث =

. . . .

= (٢١٨٥)، ومسلم (٣/ ١١٧١) كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الرطب بالتمر إلا فى العرايا، الحديث (٧٢/ ١٥٤٢)، وأبو داود (٣/ ٦٥٨) كتاب: البيوع، باب: فى المزابنة، الحديث (٣٣٦١)، والنسائى (٧/ ٢٦٦) كتاب: البيوع، باب: بيع الكرم بالزبيب، وابن ماجه (٢/ ٧٦١، ٧٦٢) كتاب: التجارات، باب: المزابنة والمحاقلة، الحديث (٢٢٦٥)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ٣٣) كتاب: البيوع، باب: العرايا، عنه: «أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة، والمزابنة: بيع الثمر بالتمر كيلا، وبيع الكرم بالزبيب كيلاً».

وفى الباب عن أبى هريرة، وابن عباس، وزيد بن ثابت، ورافع بن خديج، وسهل بن أبى حثمة، وأبى سعيد الخدرى، وأنس بن مالك، ورجل من الصحابة.

حديث أبى هريرة:

أخرجه أحمد (٢/ ٣٩٢، ٤١٩، ٤٨٤)، ومسلم (٣/ ١١٧٩) كتاب: البيوع، باب: كراء الأرض، الحديث (١٠٤/ ١٥٤٥)، والترمذى (٣/ ٥٢٧) كتاب: البيوع، باب: النهى عن المحاقلة والمزابنة، الحديث (١٢٢٤)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ٣٣) كتاب: البيوع، باب: العرايا، عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة».

وحديث ابن عباس:

أخرجه أحمد (١/ ٢٢٤)، والبخارى (٤/ ٣٨٤) كتاب: البيوع، باب: بيع المزابنة، الحديث (٢١٨٧)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ٣٣) كتاب: البيوع، باب: العرايا، عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة».

حديث زيد بن ثابت:

أخرجه أحمد (٥/ ١٩٠)، والترمذى (٣/ ٥٩٤) كتاب: البيوع، باب: ما جاء فى العرايا والرخصة فى ذلك، الحديث (١٣٠٠)، وكلاهما من حديث ابن إسحاق، حدثنى نافع عن ابن عمر، عن زيد ابن ثابت، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة» لفظ أحمد.

ثم قال الترمذى: (هكذا رواه محمد بن إسحاق، ورواه أيوب وعبيد الله بن عمر، ومالك عن نافع، عن ابن عمر: «أن النبى ﷺ نهى عن المحاقلة والمزابنة»، وبهذا الإسناد عن ابن عمر عن زيد بن ثابت، عن النبى ﷺ: «أنه رخص فى العرايا فيما دون خمسة أوسق»، وهذا أصح من حديث ابن اسحاق).

حديث رافع بن خديج:

أخرجه ابن ماجه من طريق طارق بن عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب، عن رافع بن خديج قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة».

وأخرجه أحمد (٤/ ١٤٠)، والبخارى (٥/ ٥٠) كتاب: المساقاة، باب: الرجل يكون له ممر أو شرب فى حائط أو نخل، الحديث (٢٣٨٣)، ومسلم (٣/ ١١٧٠ - ١١٧١) كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الرطب بالتمر إلا فى العرايا، الحديث (٧٠/ ١٥٤٠)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ٢٩ - ٣٠) كتاب: البيوع، باب: العرايا، من حديث بشير بن يسار؛ أن رافع بن خديج وسهل بن أبى حثمة حدثاه؛ «أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة =

قال أصحابنا: الطعام المذكور فى الحديث الأول عام يتناول جميع ما يسمى طعاما.

فإن قيل: فقد خصه بالأشياء الستة.

قلنا: ذكر بعض ما تناوله العموم ليس تخصيصا على الصحيح.

فإن قيل: الطعام مخصوص بالحنطة.

قلنا: هذا غلط، بل هو عام لكل ما يؤكل، [قال الله تعالى -: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ [المائدة: ٥] والمراد به الذبائح، و][1] قال الله - تعالى - : ﴿كُلُّ

= بيع الثمر بالتمر، إلا أصحاب العرايا فإنه أذن لهم».

وأخرجه البخارى (٤/ ٣٨٧) كتاب: البيوع، باب: بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب أو الفضة، الحديث (٢١٩١)، ومسلم (٣/ ١١٧٠ - ١١٧١) كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الرطب بالتمر، إلا فى العرايا، الحديث (٦٧/ ١٥٤٠)، وأبو داود (٣/ ٦١١) كتاب: البيوع، باب: فى بيع العرايا، الحديث (٣٦٦٣)، والترمذى (٣/ ٥٩٦) كتاب: البيوع، باب: ما جاء فى العرايا والرخصة فى ذلك، الحديث (١٣٠٣)، والنسائى (٧/ ٢٦٨) كتاب: البيوع، باب: العرايا بالرطب، من جهة بشير، فقال: سمعت سهل بن أبى حثمة «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمر بالتمر، ورخص بالعرية أن تباع بخرصها، يأكلها أهلها رطبا».

حديث أبى سعيد:

أخرجه أحمد (٣/ ٦، ٨، ٦٠)، والدارمى (٢/ ٢٥٢) كتاب: البيوع، باب: فى المحاقلة والمزابنة، والبخارى (٤/ ٣٨٤) كتاب: البيوع، باب: بيع المزابنة، الحديث (٢١٨٦)، ومسلم (٣/ ١١٧٩) كتاب: البيوع، باب: كراء الأرض، الحديث (١٠٥/ ١٥٤٦)، والنسائى (٧/ ٣٩) كتاب: المزارعة، باب: النهى عن كراء الأرض، وعنه: «أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة والمحاقلة. والمزابنة: اشتراء الثمر بالتمر على رؤوس النخل، والمحاقلة: كراء الأرض».

حديث أنس بن مالك:

أخرجه البخارى (٤/ ٤٠٤) كتاب: البيوع، باب: بيع المخاضرة، الحديث (٢٢٠٧)، وعنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة، والمخاضرة، والملامسة، والمنابذة، والمزابنة».

حديث رجل من الصحابة أو بعض أصحاب النبى ﷺ:

أخرجه أحمد (٥/ ٣٦٤)، ومسلم (٣/ ١١٧٠) كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الرطب بالتمر إلا فى العرايا، الحديث (٦٧/ ١٥٤٠) و (٦٩/ ١٥٤٠)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ٣٠) كتاب: البيوع، باب: العرايا، والبعض المذكور هو سهل بن أبى حثمة، إلا أنه وقع عند مسلم فى رواية له عن بشير عن أصحاب رسول الله ﷺ أنهم قالوا: «رخص رسول الله ﷺ فى بيع العرية بخرصها تمرًا».

(١) سقط فى ط.

﴿ٱلطَّعَامِ كَانَ حِلًّا لِّبَنِيٓ إِسۡرَٰٓءِيلَ إِلَّا مَا حَرَّمَ إِسۡرَٰٓءِيلُ عَلَىٰ نَفۡسِهِۦ﴾ [آل عمران: ٩٣]، وقال - تعالى: ﴿فَلۡيَنظُرِ ٱلۡإِنسَٰنُ إِلَىٰ طَعَامِهِۦٓ﴾ [عبس: ٢٤] إلى قوله - تعالى - : ﴿فَأَنۢبَتۡنَا فِيهَا حَبّٗا وَعِنَبٗا﴾ [عبس: ٢٧-٢٨] الآية....

وقال تعالى: ﴿فَمَن شَرِبَ مِنۡهُ فَلَيۡسَ مِنِّي وَمَن لَّمۡ يَطۡعَمۡهُ فَإِنَّهُۥ مِنِّيٓ﴾ [البقرة: ٢٤٩]، وعن أبى ذر - رضى الله عنه - فى حديثه الطويل فى قصة إسلامه قال: قال رسول الله ﷺ: «فَمَنْ كَانَ يُطْعِمُكَ؟ قُلْت: مَا كَانَ لِى طَعَامٌ إِلَّا مَاءَ زَمْزَمَ، فَسَمِنْت حَتَّى تَكَسَّرَتْ عُكَنُ بَطْنِى، قَالَ: إِنَّهَا مُبَارَكَةٌ، إِنَّهَا طَعَامُ طُعْمٍ» (١) رواه البخارى ومسلم..

وعن عائشة - رضى الله عنها - قالت: «مَكَثْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ زَمَانًا مَا لَنَا طَعَامٌ إِلَّا الْأَسْوَدَانِ الْمَاءُ وَالتَّمْرُ» (٢) [رواه البخارى ومسلم].

والجواب عن الآيتين: أنهما عام مخصوص بما ذكرنا وقولهم: أصل الأشياء الإباحة ليس كذلك، بل مذهب داود أنها على الوقف.

والصحيح عندنا: أنه لا حكم قبل ورود الشرع، والله سبحانه أعلم.

فرع: ذكرنا أن علة الربا فى الذهب والفضة عندنا كونهما جنس الأثمان غالبا، قال أصحابنا: وقولنا: غالبا احتراز من الفلوس إذا راجت رواج النقود، كما قدمناه، ويدخل فيه الأوانى والتبر، وغير ذلك فهذه العبارة هى الصحيحة عند الأصحاب، وهى التى نقلها الماوردى وغيره عن نص الشافعى، قال الماوردى: ومن أصحابنا من يقول: العلة كونهما قيم المتلفات، قال: ومن أصحابنا من جمعهما، قال: وكله قريب، وجزم المصنف فى التنبيه بأنهما قيم الأشياء، وأنكره القاضى أبو الطيب وغيره على من قاله من أصحابنا، قالوا: لأن الأوانى والتبر والحلى يجرى فيها الربا، وليس مما يقوم بها ولنا وجه ضعيف غريب أن تحريم الربا فيهما بعينهما لا لعلة،

---

(١) أخرجه البخارى (٧/ ٥٦٤) فى مناقب الأنصار باب إسلام أبى ذر الغفارى (٣٨٦١)، ومسلم (٤/ ١٩١٩ - ١٩٢٣) فى كتاب الفضائل باب من فضائل أبى ذر (١٣٢/ ٢٤٧٣).

(٢) هذا الحديث له ألفاظ كثيرة منها ما أخرجه البخارى ١٣/ ٦٨ كتاب الرقاق باب كيف كان عيش النبى ﷺ (٦٤٥٨، ٦٤٥٩)، ومسلم ٤/ ٢٢٨٢ كتاب الزهد والرقائق (٢٦، ٢٨/ ٢٩٧٢) بلفظ «كنا آل محمد ﷺ لنمكث شهرًا ما نستوقد بنار أن هو إلا التمر والماء»، هذا لفظ مسلم وله ألفاظ أخرى غير ما ذكرت.

حكاه المتولى وغيره.

فرع: إذا راجت الفلوس رواج النقود لم يحرم الربا فيها، هذا هو الصحيح المنصوص، وبه قطع المصنف والجمهور، وفيه وجه شاذ أنه يحرم حكاه الخراسانيون(١).

وأما ما سواها من الموزونات كالحديد والنحاس والرصاص والقطن والكتان والصوف والغزل وغيرها فلا ربا فيها عندنا، فيجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا ومؤجلا، ولا خلاف فى شىء من هذا عندنا إلا وجها حكاه المتولى والرافعى عن أبى بكر الأودنى من أصحابنا المتقدمين أنه قال: لا يجوز بيع مال بجنسه متفاضلا، سواء كان مطعوما أو نقدا أو غيرهما، وهذا شاذ ضعيف.

قال المصنف - رحمه الله تعالى - : فأما الأعيان الأربعة ففيها قولان:

قال فى الجديد: العلة فيها أنها مطعومة، والدليل عليه ما روى معمر بن عبد الله أن النبى ﷺ قال: «الطَّعَامُ بِالطَّعَام مِثْلًا بِمِثْلٍ»، والطعام اسم لكل ما يتطعم، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ﴾ [المائدة: ٥]

---

(١) قال أكثر أصحابنا الشافعية: لا ربا فى الفلوس، وإن راجت رواج النقود بناء على ما مر من تعليلهم حرمة الربا فى الذهب، والفضة بالنقدية. ومنهم من قال: إذا راجت الفلوس رواج النقود، وأصبح الناس يتعاملون بها جرى فيها الربا. لأنها صارت أثمانا وحكم الأكثر بشذوذ هذا الرأى.

أما مذهب مالك ففيه رأيان: فروى عن مالك أنه ألحقها بالنقود مرة. وألحقها بالقروض مرة أخرى.

أما مذهب الحنفية: فيرى محمد جريان الربا فى الفلوس فيحرم بيع فلس بفلسين. ويرى أبو حنيفة وأبو يوسف عدم جريان الربا فى الفلوس. لأنها ليست ثمنا بالأصل هذا ما قاله الفقهاء.

وعندى: أن الرأى القائل بجريان الربا فيها هو أعدل الآراء، مهما حكم أكثر الشافعية بشذوذه فإن المنطق الصحيح والإنصاف يقتضيان تحريم أخذ شىء زائد عما أعطى الإنسان بدون مقابل من عمل أو مال وقواعد الشرع العامة المؤسسة على العدالة مبينة فى نصوص كثيرة. منها: (لا ضرر ولا ضرار) (كل أحد أحق بِمَالِهِ من والده وولده والناس أجمعين) فمن ذا الذى يقبل على نفسه أن يدفع سبعة فى مقابل خمسة، إلا تحت أسر القهر والاستغلال. أو ليست الفلوس مالاً يحافظ عليه والشريعة جاءت بحفظ الأموال وعدم تعريضها للضياع؟ فكان من تمام الحكمة القول بتحريم الزيادة فى الفلوس، ونهيه - ﷺ - عن بيع الدرهم بالدرهمين، دل بنصه على تحريم بيع الدرهم بالدرهمين، وبإشارته على تحريم الغبن، وأخذ أزيد مما أعطى والعبرة بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمبانى.

وأراد به الذبائح، وقالت عائشة - رضى الله عنها: «مَكَثْنَا مَعَ نَبِيِّنَا ﷺ سَنَةً مَا لَنَا طَعَامٌ إِلَّا الْأَسْوَدَانِ الْمَاءُ وَالتَّمْرُ»، وقال لبيد:

لمعفر قهد تنازع شلوه غبس كواسب لا يمن طعامها

وأراد به الفريسة، والحكم إذا علق على اسم مشتق كان ذلك علة فيه، كالقطع فى السرقة، والحد فى الزنا، ولأن الحب ما دام مطعوما يحرم فيه الربا، فإذا زرع وخرج عن أن يكون مطعوما لم يحرم فيه الربا، فإذا انعقد الحب وصار مطعوما حرم فيه الربا، فدل على أن العلة فيه كونه مطعوما، فعلى هذا يحرم الربا فى كل ما يطعم من الأقوات والإدام والحلاوات والفواكه والأدوية، وفى الماء وجهان:

أحدهما: يحرم فيه الربا؛ لأنه مطعوم فهو كغيره.

والثانى: لا يحرم فيه الربا؛ لأنه مباح فى الأصل غير متمول فى العادة، فلا يحرم فيه الربا.

وفى الأدهان المطيبة وجهان:

أحدهما: لا ربا فيها؛ لأنها تعد للانتفاع برائحتها دون الأكل.

والثانى: أنه يحرم فيها الربا وهو الصحيح؛ لأنه مأكول وإنما لا يؤكل؛ لأنه ينتفع به فيما هو أكثر من الأكل، وفى البزر ودهن السمك وجهان:

أحدهما: لا ربا فيه؛ لأنه يعد للاستصباح.

والثانى: أنه يحرم الربا فيه؛ لأنه مأكول فأشبه الشيرج.

وقال فى القديم: العلة فيها أنها مطعومة مكيلة أو مطعومة موزونة.

والدليل عليه: أن النبى ﷺ قال: «الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ مِثْلًا بِمِثْلٍ»، والمماثلة لا تكون إلا بالكيل أو الوزن فدل على أنه لا يحرم إلا فى مطعوم يكال أو يوزن، فعلى هذا لا يحرم الربا فيما لا يكال ولا يوزن من الأطعمة كالرمان والسفرجل والقثاء والبطيخ وما أشبهها.

الشرح: أما حديث [١] معمر فرواه مسلم وسبق بيانه وحديث [٢] عائشة.

وقوله: وأما الأعيان الأربعة هكذا هو فى المهذب.

---

(١) تقدم.
(٢) تقدم.

الأربعة: وكان الأصل أن يقول الأربع، ولكنه أراد بالأعيان الأجناس فأثبت الهاء.

وقولها: الأسودان هو من باب التغليب، وتسمية الشيئين باسم أحدهما كالأبوين والقمرين والعمرين ونظائره، فإن الماء ليس بأسود.

قوله: «في بيت لبيد[1] لمعفر» هو بفتح العين المهملة والفاء المشددة - وهو ولد الظبية إذا أرادت فطامه عن الرضاع فإنها تقطعه عن الرضاع أياما ثم تعود إلى إرضاعه أياما ثم تقطعه عن الرضاع أياما، ثم ترضعه، تفعل ذلك حتى لا يضره القطع جملة، فإذا فعلت هذا قيل: عفرت الظبية ولدها، ومعفر هو هكذا فسره صاحب البيان وفسره غيره بأنه الذي سحب في التراب وعفر به والقهد - بفتح القاف وإسكان الهاء - قيل: هو الأبيض، وقيل: أبيض فيه كدورة وفيه حمرة أو صفرة، وجمعه قهاد.

وقوله: «تنازع شلوه» أي تحاذف أعضاءه.

وقوله: «غبس» - بغين معجمة ثم موحدة ساكنة ثم سين مهملة - أي ذئاب، جمع أغبس، وهو الذي لونه كلون الرماد.

وقوله: «كواسب» أي تكسب قوتها.

وقوله: «ما يمن طعامها» فيه تأويلان:

أصحهما وأشهرهما: أنه لا منة عليها فيه، بل تأخذه بالقهر والغلبة لا بالسؤال والمسكنة بخلاف السنور وشبهه.

والثاني: معناه لا ينقص ولا ينقطع؛ لقوله تعالى: ﴿أَجْرٌ غَيْرُ مَمْنُونٍ﴾ [فصلت: ٨] وقبل هذا البيت بيت آخر يظهر معنى هذا، وهو:

خنساء ضيعت الفرير فلم يرم عرض الشقائق طوفها وبغامها[2]

الخنساء بقرة وحشية والفرير - بفتح الفاء - ولدها، وقوله: «يرم» - بفتح الياء وكسر الراء - معناه يفارق، وعرض - بضم العين - وهو الناحية والشقائق جمع شقيقة، وهي رملة فيها نبات، وقيل: أرض غليظة بين رملين.

---

(١) البيت في ديوانه ص(٣٠٨) واللسان (قهد)، (عفر)، (منن)، وتهذيب اللغة (٥/ ٣٩٤)، والتاج (قهد)، (عفر).

(٢) البيت للبيد في ديوانه ص(٣٠٨)، واللسان (بغم)، والتاج (خنس)، (بغم)، والمخصص (٨/ ٤١).

وقوله: «طوفها» - بفتح الطاء ورفع الفاء - وهو ذهابها ومجيئها وهو فاعل يرم وبغامها - بضم الباء الموحدة، وبالغين المعجمة، وبرفع الميم - معطوف على طوفها، والبغام الصوت، واللام فى قوله: لمعفر مكسورة، وهى لام التعليل، ومعنى البيتين أنها ضيعت ولدها فلا تزال تطوف فى ناحية الرمال لطلبه، ظانة أنه هناك، ولا تعلم أن الذئاب تجاذبت أعضاءه وأكلته.

وأما لبيد صاحب هذا فهو أبو عقيل - بفتح العين - لبيد بن ربيعة بن مالك العامرى الصحابى، الشاعر المشهور، كان من فحول شعراء الجاهلية، ثم وفد على رسول الله ﷺ فأسلم وحسن إسلامه، وكان من المعمرين عاش مائة وأربعا وخمسين سنة، وقيل غير ذلك، توفى فى خلافة عثمان، وقيل فى أول خلافة معاوية رضى الله عنه.

قوله: «فى الماء لأنه مباح فى الأصل» احتراز مما يتأثر من الزروع والثمار، وما يلقى من الأطعمة رغبة عنه، فإنه إذا أخذ إنسان شيئا من ذلك جرى فيه الربا؛ لأنه ليس بمباح فى الأصل.

وقوله: «غير متمول فى العادة» احتراز من الصيد والبزر - بفتح الباء وكسرها - لغتان والقثاء - بكسر القاف وضمها - والكسر أفصح وأشهر.

أما الأحكام ففى علة تحريم الربا فى الأجناس الأربعة قولان:

أصحهما - وهو الجديد - : أنها الطعم فيحرم الربا فى كل مطعوم سواء كان مما يكال أو يوزن أو غيرهما، ولا يحرم فى غير المطعوم، فيجرى الربا فى السفرجل والبطيخ والرمان والبقول وغيرها من المطعوم.

والثانى - وهو القديم - : لا يحرم إلا فى مطعوم يكال أو يوزن فعلى هذا لا ربا فى السفرجل والرمان والبيض والجوز والبقول والخضراوات وغيرها مما لا يكال ولا يوزن، فيجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا، وهذا القول ضعيف جدا والتفريع إنما هو على الجديد، فعلى هذا قال الشافعى والأصحاب: المراد بالمطعوم ما يعد للطعم غالبا تقوتا وتأدما، أو تفكها أو تداويا أو غيرها، فيحرم الربا فى جميع ذلك، قال أصحابنا: وسواء ما أكل غالبا فيدخل فيه الحبوب والإدام والحلاوات والفواكه والبقول والتوابل والأدوية أو نادرا، كالبلوط والطرثوث، وهو نبت معروف، وسواء ما أكل وحده أو مع غيره.

وفى الزعفران وجهان حكاهما القاضى حسين والمتولى والرافعى:

أحدهما: لا ربا فيه؛ لأنه لا يقصد بالأكل.

والثانى وهو الصحيح المنصوص، وبه قطع الجمهور: يحرم فيه الربا؛ لأنه مأكول فى الجملة، وفى المصطكى والزنجبيل وجهان:

الصحيح المشهور: يحرم فيهما الربا.

والثانى: لا ربا فيهما حكاه الرافعى وقطع صاحب البيان بأنه لا ربا فى المصطكى، ويجرى تحريم الربا فى جميع الأدوية، كالإهليلج والإبليلج والسقمونيا وغيرها، نص عليه الشافعى، واتفق عليه الأصحاب، إلا وجها حكاه القاضى حسين والمتولى وغيرهما أن ما يقتل كثيره، ويستعمل قليله فى الأدوية كالسقمونيا لا ربا فيه وهو شاذ ضعيف. وأما الماء، إذا قلنا بالمذهب: أنه مملوك يصح بيعه، فهل يحرم فيه الربا؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما:

أصحهما: يحرم هكذا صححه إمام الحرمين والرافعى والجمهور، وهو الصواب، ولا يغتر بتصحيح صاحب الانتصار الإباحة، فإنه شاذ ضعيف.

فإن قيل: لو كان مطعوما لم يجز الاستنجاء به.

قلنا: ثبتت الأحاديث فى جواز الاستنجاء به فصار مستثنى. وأما الأدهان فأربعة أضرب:

أحدها: ما يعد للأكل كالزبد والسمن والزيت والشيرج، ودهن الجوز واللوز والبطم ودهن الفجل والخردل والصنوبر وأشباهها، فيحرم فيه الربا أيضا؛ لأنه يؤكل للتداوى فأشبه الإهليلج.

الثانى: [. . . . . .].

الثالث: ما يراد للطيب كدهن البنفسج والورد والياسمين والزئبق والبان وسائر الأدهان المطيبة، فيها وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما: أصحهما عند المصنف وعند الأصحاب: أنها ربوية وذكر إمام الحرمين أن العراقيين نقلوا فى المسألة قولين المنصوص أنها ربوية، وفى قول مخرج ليست ربوية.

قال: وقال صاحب التقريب: دهن البنفسج ربوى، وفى دهن الورد وجهان، قال الإمام: ولا أفهم الفرق بينهما؛ فإذا قلنا إنها ربوية بيع شيء من هذه الأدهان بعضه ببعض متفاضلًا، ولا بيع بعضها بالشيرج متفاضلًا بلا خلاف، هكذا صرح به

الأصحاب ونقله الإمام عن العراقيين. ولم يذكر خلافه.

قالوا: لأنها كلها شيرج اختلف رائحته بحسب ما جاورها من هذه الأدهان.

والرابع: ما يراد للاستصباح كدهن السمك وبزر الكتان ودهنه وفيه وجهان مشهوران فى الطريقين، ذكرهما المصنف بدليلهما:

أصحهما: أنه ليس بربوى.

وأما قول إمام الحرمين والغزالى: إن العراقيين قطعوا بأنه لا ربا فيه فليس بمقبول، بل الخلاف فيه مشهور فى كتب العراقيين، والله أعلم.

فرع: الطين الأرموى[١] ربوى على الصحيح من الوجهين، ونقله إمام الحرمين عن الغزالى قال: ولا خلاف فيه، وممن ذكر الوجهين فيه القاضى حسين والمتولى والرافعى. وأما الطين الذى يؤكل سفها، ويقال له: الخراسانى ففيه الوجهان:

الصحيح: أنه ليس ربويا وبه قطع القاضى حسين وأبو الطيب والمتولى وصاحب البيان ونقله إمام الحرمين عن العراقيين قال: وتردد فيه الشيخ أبو محمد ومال إلى أنه ربوى، وصححه الغزالى فى الوسيط أنه ربوى والمذهب الأول.

فرع: فى دهن الورد وجهان حكاهما الصيمرى وصاحب البيان وغيرهما.

أصحهما: ليس بربوى صححه الرافعى وهو كلام الجمهور وحكى الرافعى الوجهين فى العود المطيب أيضا وقطع الأكثرون بأنه ليس ربويا.

[فرع: قال الصيمرى وصاحب البيان: يحرم الربا فى الكبات لأنه مطعوم][٢].

فرع: لا ربا فى الحيوان عندنا فيجوز بيع شاة بشاتين، وبعير ببعيرين ودجاجة بدجاجتين، وكذا سائر الحيوان، ولا خلاف فى هذا عندنا إلا الوجه الذى قدمناه عن الأودنى، وهو شاذ ضعيف، وإلا وجها حكاه إمام الحرمين ومتابعوه فى السمك الصغار التى يمكن ابتلاعها فى حياتها أنه يجرى فيه[٣] الربا بناء على جواز أكلها حية، وفيه وجهان سبقا فى الأطعمة والصيد والذبائح. إن قلنا: لا يجوز أكلها حية ليست ربوية، فيجوز بيع سمكة بسمكات كسائر الحيوان وإلا فوجهان:

أصحهما: الجواز، وهو مقتضى كلام الجمهور.

---

(١) فى أ: الأرمنى.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ: فيها.

والثانى: لا، وبه قطع المتولى تفريعا على جواز أكله.

فرع: قال ابن الصباغ والأصحاب: لا ربا فى النوى؛ لأنه ليس بطعام للآدمى، وإن كان طعاما للبهائم فأشبه الحشيش.

فرع: لا ربا فى الجلود والعظام إن كان يجوز أكلها، وهذا لا خلاف فيه، وممن صرح به الماوردى؛ لأنها لا تؤكل فى العادة.

فرع: قال المتولى وغيره: أنواع الحشيش التى تنبت فى الصحارى وتؤكل فى حال رطوبتها وأطراف قضبان العنب لا ربا فيها؛ لأنها لا تقصد للأكل عادة[١].

قال المصنف رحمه الله تعالى: وما سوى الذهب والفضة والمأكول والمشروب لا يحرم فيها الربا، فيجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا ونسيئة، ويجوز فيها التفرق قبل التقابض؛ لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص - رضى الله عنهما - قال: «أَمَرَنِى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ أُجَهِّزَ جَيْشًا فَنَفِدَتْ الإِبِلُ فَأَمَرَنِى أَنْ آخُذَ عَلَى[٢] قِلَاصِ الصَّدَقَةِ، فَكُنْتُ آخُذُ الْبَعِيرَ بِالْبَعِيرَيْنِ إِلَى إِبِلِ الصَّدَقَةِ»، وعن على [كرم الله وجهه]: «أنه باع جملا إلى أجل بعشرين بعيرا»، وباع ابن عباس رضى الله عنه بعيرا بأربعة أبعرة، «واشترى ابن عمر رضى الله عنه راحلة بأربع رواحل، ورواحله بالربذة» «واشترى رافع بن خديج رضى الله عنه بعيرا ببعيرين فأعطاه أحدهما، وقال آتيك بالآخر غدا»، ولا يجوز بيع نسيئة بنسيئة؛ لما روى ابن عمر رضى الله عنه: «أَنَّ النَّبِى ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْكَالِئِ بِالْكَالِئِ» قال أبو عبيدة: هو النسيئة بالنسيئة.

الشرح: حديث ابن عمرو بن العاص[٣] رواه أبو داود وسكت عليه، فيقتضى أنه عنده حسن كما سبق تقريره، وإن كان فى إسناده نظر، لكن قال البيهقى: له شاهد صحيح فذكره بإسناده الصحيح عن عبد الله بن عمرو بن العاص: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَهُ أَنْ يُجَهِّزَ جَيْشًا، قَالَ عَبْدُ اللَّهِ: وَلَيْسَ عِنْدَنَا ظَهْرٌ، قَالَ: فَأَمَرَهُ النَّبِى ﷺ أَنْ يَبْتَاعَ ظَهْرًا إِلَى خُرُوجِ التَّصَدُّقِ[٤]، فَابْتَاعَ عَبْدُ اللَّهِ الْبَعِيرَ بِالْبَعِيرَيْنِ وَبِالأَبْعِرَةِ إِلَى خُرُوجِ التَّصَدُّقِ[٥] بِأَمْرِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ»، وهذه الرواية رواها أيضا الدارقطنى بإسناد صحيح.

---

(١) فى أ: فى العادة.
(٢) فى أ: من.
(٣) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٧٠) فى كتاب البيوع باب فى الرخصة فى ذلك (٣٣٥٧)، والبيهقى فى الكبرى (٥/ ٢٢٨) فى كتاب البيوع باب بيع الحيوان وغيره.
(٤) فى أ: المصدق.
(٥) فى أ: الصدق.

وأما الأثر المذكور عن على[(١)] رضى الله عنه فرواه مالك فى الموطأ والشافعى فى مسنده، وفى الأم بإسناد صحيح عن حسين بن محمد بن على «أن عليا بن أبى طالب رضى الله عنه باع جملا يقال له عصيفير بعشرين بعيرا إلى أجل» لكن فى إسناده انقطاع من طريق [حسين بن محمد بن على][(٢)] فلم يدركه.

وأما الأثر عن ابن عمر[(٣)] فصحيح رواه مالك فى الموطأ والشافعى عن مالك عن نافع، ذكره البخارى فى صحيحه تعليقا.

وأما الأثر: عن رافع بن خديج[(٤)] فصحيح ذكره البخارى فى صحيحه تعليقا.

وأما حديث النهى عن بيع الكالئ بالكالئ[(٥)] فرواه الدارقطنى والبيهقى بإسناد ضعيف، مداره على موسى بن عبيدة الربذى وهو ضعيف.

أما ألفاظ الفصل: القلاص - بكسر القاف - جمع قلص والقلص جمع قلوص وهى الناقة الشابة ذكره الجوهرى وغيره.

وقوله: «أخذ من قلاص الصدقة» هكذا هو فى المهذب «من»، والذى فى سنن أبى داود والبيهقى وغيرهما «فى»، ومعناهما السلف على إبل الصدقة إلى أجل معلوم.

وأما الراحلة فالبعير النجيب والربذة - بفتح الراء والباء الموحدة والذال معجمة - موضع على ثلاث مراحل من المدينة، والكالئ بالهمز.

أما الأحكام: ففى الفصل مسألتان:

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٦٥٢) فى كتاب البيوع باب ما يجوز من بيع الحيوان. (٥٩)، والبيهقى فى السنن والآثار (٤/ ٤٠٩) (٣٥٧٧)، وفى السنن الكبرى له (٥/ ٢٨٨).

(٢) فى أ: حسن وعلى.

(٣) أخرجه مالك (٢/ ٦٥٢) (٦٠)، والشافعى من طريق مالك (٢/ ٣٣٣) (٥٥٧)، والبيهقى من طريقهما «٥/ ٢٨٨». وذكره البخارى تعليقًا (٥/ ١٧٠) فى كتاب البيوع باب بيع العبد والحيوان بالحيوان نسيئة.

(٤) ذكره البخارى تعليقًا (٥/ ١٧٠) فى كتاب البيوع باب بيع العبد والحيوان بالحيوان نسيئة.

(٥) أخرجه الدارقطنى (٣/ ٧١) كتاب: البيوع، الحديث (٢٦٩)، والحاكم (٢/ ٥٧) كتاب: البيوع، باب: النهى عن بيع الكالئ بالكالئ، والبيهقى (٥/ ٢٩٠) كتاب: البيوع، باب: النهى عن بيع الدين بالدين، من طريق عبد العزيز بن محمد الدراوردى عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر: «أن النبى ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ» قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه. ووافقه الذهبى. وأخرجه الدارقطنى (٣/ ٧٢) الحديث (٢٧٠)، والحاكم، والبيهقى من طريق ذؤيب ابن عمامة: ننا حمزة بن عبد الواحد، عن موسى بن عقبة، عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر به. وزاد: «هو النسيئة بالنسيئة» وسكت عنه الحاكم، وتعقبه الذهبى بأن ذؤيبًا واهٍ، وقد ضعف البيهقى الطريقين فقال: (موسى هذا هو ابن عبيدة الربذى، وشيخنا أبو عبد الله - يعنى الحاكم - قال فى روايته: عن موسى بن عقبة وهو خطأ، والعجب من أبى الحسن الدارقطنى شيخ عصره روى هذا =

. . . .

= الحديث فى كتاب: السنن عن أبى الحسن على بن محمد المصرى هذا فقال عن موسى بن عقبة، وشيخنا أبو الحسن بن بشران رواه لنا عن أبى الحسن المصرى فى الجزء الثالث فى سنن المصرى، فقال: «عن موسى» غير منسوب، ثم أردفه المصرى بما رواه عن أحمد بن داود: ثنا عبد الأعلى بن حماد، ثنا عبد العزيز ابن محمد عن أبى عبد العزيز الربذى عن نافع عن ابن عمر به. وأبو عبد العزيز الربذى هو موسى بن عبيدة. أ. هـ.

ثم أخرجه البيهقى من طريق ابن عدى فى الكامل (٦/ ٢٣٣٥) ثنا القاسم بن مهدى: ثنا أبو مصعب عن عبد العزيز الدراوردى عن موسى بن عبيدة فذكره. قال ابن عدى: (وهذا معروف بموسى بن عبيدة عن نافع) قال البيهقى: (وقد رواه عبيد الله بن موسى وزيد بن الحباب وغيرهما عن موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر). ثم أخرجه البيهقى (٥/ ٢٩٠ - ٢٩١) كتاب: البيوع، باب: النهى عن بيع الدين بالدين. من طريق عبيد الله بن موسى، ومحمد بن عمر الواقدى، وزيد بن الحباب، كلهم عن موسى بن عبيدة.

ثم أخرجه من طريق ذؤيب بن عمامة: ثنا حمزة بن عبد الواحد عن موسى - غير منسوب - عن عبد الله بن دينار به، ثم قال: (ولم ينسب شيخنا أبو الحسين بن بشران عن أبى الحسن المصرى فقال: عن موسى، وهو ابن عبيدة بلا شك، وقد رواه الدارقطنى عن أبى الحسن المصرى فقال: عن موسى بن عقبة، رواه شيخنا أبو عبد الله بإسناد آخر عن مقدام بن داود عن ذؤيب بن عمامة فقال: عن موسى بن عقبة، وهو وهم، والحديث مشهور بموسى بن عبيدة، عن نافع عن ابن عمر ومرة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر).

وأخرجه أيضًا ابن أبى شيبة (٦/ ٥٩٧ - ٥٩٨) كتاب: البيوع، باب: من كره أجلا بأجل، الحديث (٢١٦٧) و (٢١٦٩)، والبزار (٢/ ٩١، ٩٢) الحديث (١٢٨٠) من طريق موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال: «نهى رسول الله ﷺ عن الشغار، وعن بيع المجر، وعن بيع الغرر، وعن بيع كالئ بكالئ، وعن بيع آجل بعاجل، قال: والمجر، ما فى الأرحام، والغرر: أن تبيع ما ليس عندك، وكالئ بكالئ: دين بدين، والآجل بالعاجل: أن يكون له على الرجل ألف درهم فيقول الرجل: اعجل لك بخمسمائة ودع البقية، والشغار: أن تنكح المرأة بالمرأة ليس بينهما صداق».

وذكره الزيلعى فى نصب الراية (٤/ ٤٠) وزاد نسبته لإسحاق بن راهويه.

وأخرجه الطبرانى فى الكبير كما فى نصب الراية (٤/ ٤٠) من طريق موسى بن عبيدة عن عيسى بن سهل بن رافع بن خديج عن أبيه عن جده قال: نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة، ونهى أن يقول الرجل للرجل: أبيع هذا بنقد وأشتريه بنسيئة حتى يبتاعه ويحرزه، وعن كالئ بكالئ دين بدين.

ومنه تعلم اضطراب موسى بن عبيدة فى هذا الحديث فى سنده وفى متنه، وموسى بن عبيدة هو الربذى.

وقد توبع موسى بن عبيدة، تابعه إبراهيم بن أبى يحيى المجمع على كذبه.

أخرجه عبد الرزاق (٨/ ٩٠) رقم (١٤٤٤٠) عن إبراهيم الأسلمى به.

إحداهما: أن ما سوى الذهب والفضة والمطعوم لا يحرم فيه الربا، فيجوز بيع بعير بأبعرة، وشاة بشياه وثوب بثياب.

وصاع نورة أو جص أو أشتان بصيعان ورطل غزل بأرطال من جنسه وأشباهه وكل هذا مما سبق بيانه.

المسألة الثانية: لا يجوز بيع نسيئة بنسيئة بأن يقول: بعنى ثوبا فى ذمتى بصفته كذا إلى شهر كذا بدينار مؤجل إلى وقت كذا فيقول: قبلت، وهذا فاسد بلا خلاف.

فرع: فى مذاهب العلماء فى بيان علة الربا فى الأجناس الأربعة، وهى البر والشعير والتمر والملح، ولهم فيها عشرة مذاهب:

أحدها: مذهب أهل الظاهر، ومن وافقهم أنه لا ربا فى غير الأجناس الستة كما سبق.

الثانى: مذهب أبى بكر عبد الرحمن بن كيسان الأصم أن العلة فيها كونها منتفعا به [محرم التفاضل فى كل منتفعاته][(١)] حكاه عنه القاضى حسين.

والثالث: مذهب ابن سيرين وأبى بكر الأودنى من أصحابنا أن العلة الجنسية تحرم الربا فى كل شىء بيع بجنسه كالتراب بالتراب متفاضلا والثوب بالثوبين والشاة بالشاتين.

الرابع: مذهب الحسن البصرى أن العلة المنفعة فى الجنس، فيجوز عنده بيع ثوب قيمته دينار بثوبين قيمتهما دينار، ويحرم بيع ثوب قيمته دينار بثوب قيمته ديناران.

الخامس: مذهب سعيد بن جبير أن العلة تقارب المنفعة فى الجنس فحرم التفاضل فى الحنطة بالشعير، ولأن العلة تقارب المنفعة فى الجنس، فحرم التفاضل فى منافعها، وكذلك الباقلاء بالحمص والدخن بالذرة.

السادس: مذهب ربيعة بن أبى عبدالرحمن أن العلة كونه جنسا، تجب فيه الزكاة، فحرم الربا فى جنس تجب فيه الزكاة من المواشى والزروع وغيرها، ونفاه عما لا زكاة فيه.

السابع: مذهب مالك[(٢)] كونه مقتاتا مدخر جنس فحرم الربا فى كل ما كان قوتا

---

(١) سقط فى ط.

(٢) علل المالكية الذهب والفضة بعلة واحدة قاصرة هى النقدية، أى كونهما جوهر الأثمان وبقية الأصناف بالاقتيات والادخار. وعلى هذا فالمال الربوى عندهم هو الذهب والفضة، وكل قوت مدخر. فأما ما يقتات، ولا يدخر، أو يدخر، ولا يقتات ففيه خلاف عندهم. وأما ما ليس قوتا، ولا مدخراً كالفاكهة فليس مالا ربويا عندهم هذا بالنسبة لربا الفضل. وأما علة ربا النسيئة فمطلق الطعم، ولو فاكهة.

مدخرا، ونفاه عما ليس بقوت كالفواكه، وعما هو قوت لا يدخر كاللحم.

الثامن: مذهب أبى حنيفة أن العلة كونه مكيل جنس فحرم الربا فى كل مكيل، وإن لم يؤكل كالجص والنورة والأشنان ونفاه عما لا يكال ولا يوزن وإن كان مأكولا كالسفرجل، والرمان.

التاسع: مذهب سعيد بن المسيب وقول الشافعى فى القديم أن العلة كونه مطعوما يكال أو يوزن، فحرمه فى كل مطعوم يكال أو يوزن، ونفاه عما سواه وهو كل ما لا يؤكل ولا يشرب، أو يؤكل ولا يكال ولا يوزن كالسفرجل والبطيخ.

العاشر: أن العلة كونه مطعوما فقط سواء كان مكيلا أو موزونا أم لا، ولا ربا فيما سوى المطعوم غير الذهب والفضة، وهذا مذهب الشافعى الجديد الصحيح وهو مذهب أحمد(١) وابن المنذر وغيرهما(٢).

---

(١) روى عن الإمام أحمد ثلاث روايات فى تعليل الأصناف الستة أشهرها: أن علة الحرمة فى الذهب والفضة؛ كونهما موزون جنس. وعلة الأعيان الأربعة؛ كونهما مكيل جنس وهذه الرواية نقلها الجماعة عن أحمد. وقد ذكرها الخرقى وابن أبى موسى. والرواية الثانية – أن العلة فى الأثمان الثمنية وفيما عداها؛ كونه مطعوم جنس، فيختص بالمطعومات، ويخرج منه ما عداها. قال أبو بكر: روى ذلك عنه جماعة ولم يسمهم.

والرواية الثالثة – العلة فيما عدا الذهب والفضة كونه مطعوم جنس مكيلا أو موزونا وعلى هذا فالمال الربوى عند الحنابلة، كل مكيل، أو موزون اتحد جنسه، أو اختلف على الرواية الأولى أما على الرواية الثانية فهو كجديد الشافعية: الذهب والفضة والمطعومات وعلى الثالثة فى المطعومات كالقديم عند الشافعية أما الذهب والفضة فكالرواية الأولى.

(٢) إليك مذاهب الفقهاء الأربعة فى التعليل، وما يتبعه وهى كما ترى منقسمة انقساما إجماليا إلى ما يأتى:

أولاً – إن العلة هى الجنس، والمعيار الشرعى فى الأصناف كلها، وهو مذهب أبى حنيفة، وأحمد فى الرواية الأولى ويروى عن النخعى والزهرى والثورى وإسحاق وأصحاب الرأى.

ثانياً – من يرى أن العلة فى الذهب والفضة كونهما أثمان الأشياء وفى غيرهما المطعومية وهو المذهب الجديد لإمامنا الشافعى ورواية عن أحمد.

ثالثاً – من علل الأصناف الأربعة بالطعم والمعيار وهو قديم مذهب الشافعية والرواية الثالثة عن أحمد.

رابعاً – من علل الأصناف الأربعة بالاقتيات والادخار والذهب والفضة بالثمنية، كالشافعى، وهو مذهب مالك. وبتعبير آخر يمكن به ضبط المذاهب المذكورة بحسب الأصناف. فيقال هكذا:

١- الذهب والفضة: منهم من عللهما بكونهما ثمن الأشياء وهو مذهب الشافعى، ومالك ورواية عن أحمد ومنهم من عللها بالوزن والجنس وهو مذهب أبى حنيفة ومن =

....

= موافقه.

٢- بقية الأصناف: منهم من عللها بالمطعومية فقط وهو جديد الشافعى والرواية الثانية عن أحمد. أو بالطعم والمعيار وهو قديم الشافعى، ورواية أخرى عن أحمد، ومنهم من عللها بالاقتيات والادخار وهو مذهب مالك أو بالجنس مع المعيار، وهو مذهب أبى حنيفة، ومن وافقه. وهناك مذاهب أخرى نذكر منها ما يأتى:

أ- ابن سيرين، يرى أن العلة تقارب المنفعة فى البدلين.

ب- سعيد بن جبير، يرى أن العلة كونهما جنسا.

جـ- وربيعة، يرى أن العلة كونهما مما تجب فيه الزكاة.

ومن ينظر فى مذاهب الأئمة الأربعة، ويوازن بعضها ببعض فى موضوعنا هذا لا يتردد فى تسجيل النتائج الآتية:

١- من حيث البساطة والتركيب:

العلة فى الذهب والفضة بسيطة عند الشافعى ومالك ورواية عن أحمد. ومركبة عند أبى حنيفة ومن وافقه. وفى بقية الأصناف هى بسيطة فى جديد مذهبنا وإحدى روايات أحمد إذ هى المطعومية فقط. ومركبة فى بقية المذاهب لأنها الجنس والمعيار عند غير مالك. والاقتيات والادخار عنده كما سبق تفصيله.

٢- من حيث القصور والتعدى:

هى قاصرة فى الذهب والفضة عند مالك والشافعى وإحدى روايات أحمد متعدية عند الباقى. أما فى الأصناف الأربعة فهى متعدية عند الجميع.

٣- من حيث العموم والخصوص:

مذهب أبى حنيفة وموافقيه بينه وبين غيره العموم والخصوص الوجهى إذ يجتمعان فى مطعوم مقتات مدخر مكيل أو موزون. ثم ينفرد مذهب أبى حنيفة وموافقيه فى مكيل أو موزون ليس مطعوما كالحديد والنحاس والرصاص والجبس والبرسيم. كما ينفرد مذهب مالك والشافعى فى مقتات مدخر ليس مما يكال أو يوزن. بل مما يعد، كالجوز الهندى، أما بين مذهب مالك والشافعى فعموم وخصوص مطلق؛ إذ يجتمعان فى مقتات مدخر؛ كالبر وينفرد مذهب الشافعى فى الدواء والفاكهة.

٤- من حيث التخفيف والتشديد:

مذهب أبى حنيفة، ومن وافقه، أشد هذه المذاهب، وأوسعها دائرة فى خطر الربا وتحريمه. ومذهب مالك أخفها وأضيقها دائرة فى الخطر. ومذهب الشافعى وسط بينهما.

وقد علمنا مذاهب الفقهاء فى علة تحريم الربا، وبينا فى الخطوة الأولى رجحان مذهب الجمهور على مذهب الظاهرية. والآن نبين أدلة كل مذهب فى تعيين العلة التى استنبطها من الحديث فنقول:

دليل الحنفية:

استدلوا على مذهبهم فى تعيين العلة بالجنس مع الكيل، أو الوزن بأدلة من المنقول، والمعقول. فأما المنقول:

١- حديث الأصناف الستة السابق ووجه الدلالة فيه أنه عرف الجنس بقوله: الذهب بالذهب والفضة بالفضة..... إلخ. ثم عرف القدر باشتراط المماثلة. وذلك أن المماثلة لا تكون إلا حيث يوجد المعيار.

=

. . . .

= ٢- إن هذا الحديث روى بزيادة فى آخره تدل على دخول كل مكيل، أو موزون تلك الزيادة هى قوله - ﷺ - «وكذلك كل ما يكال ويوزن» رواها مالك بن أنس وإسحاق الحنظلى كما سبق. وهو بهذه الزيادة تنصيص على تعدية الحكم إلى سائر الأموال المكيلة أو الموزونة.

٣- فى حديث ابن عمر رضى الله عنه السابق أن النبى ﷺ قال «لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين فإنى أخاف عليكم الربا أى الربا» ووجه الدلالة واضح إذ لم يرد بالصاع عينه وإنما أراد ما يكال به وهو عام.

٤- وفى حديث عامل خيبر ووجه الدلالة فيه ما جاء من قول الرسول ﷺ «وكذلك الميزان» يعنى ما يوزن بالميزان فيتبين بهذا الدليل عموم الحكم فى الأشياء الستة المنصوص عليها فى الحديث، وغيرها من الأموال المكيلة، أو الموزونة من دون فرق بين مطعوم وغيره.

وأما المعقول: فقالوا:

١- تحرم الزيادة الحاصلة فى الأموال بدون مقابل ولا تتحقق المقابلة إلا بالمماثلة. والمماثلة لا تثبت إلا بالمعيار والجنس، فالمعيار يسوى الذات. والجنس يسوى المعنى.

٢- ليس المال قاصرًا على المطعومات فحسب، لأن الشارع الحكيم يرمى إلى صيانة الأموال كلها عن الضياع.

١- استدل الشافعية على مذهبهم بالمنقول والمعقول:

فأما المنقول: فحديث عبادة الذى نص على الأصناف الستة، ووجه الدلالة فيه أنه ذكر الذهب والفضة والأصناف الأربعة، والذهب والفضة فيهما معنى لا يتعدى لغيرهما. وهو كونهما ثمن الأشياء. وأما بقية الأصناف، فالمعنى الموجود فيها، وهو الطعم يوجد فى غيرها.

٢- ما روى معمر بن عبدالله قال: كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول «الطعام بالطعام مثلا بمثل» رواه مسلم ووجه الدلالة فيه ما قاله أصحابنا من أن الطعام المذكور فى الحديث عام، ، يتناول جميع ما يسمى طعاما.

وأما المعقول: فقالوا:

١- فى الذهب والفضة أنه لو كان التحريم فيهما لمعنى يتعداها إلى غيرها لم يجز إسلامهما فى غيرهما؛ لأن كل شيئين جمعتهما علة واحدة فى الربا لا يجوز إسلام أحدهما فى الآخر كالذهب والفضة والحنطة والشعير فلما جاز إسلام الذهب والفضة فى الموزونات والمكيلات وغيرهما من الأموال دل على أن العلة فيهما معنى لا يتعداها لغيرهما وهو أنهما جنس الأثمان.

٢- ولأن الحب ما دام مطعوما يحرم فيه الربا، إذا زرع وخرج من أن يكون مطعوما بصيرورته نباتا أخضر إلى انعقاد حبه ثانية لم يحرم فيه الربا فإذا انعقد الحب وصار مطعوما حرم فيه الربا فدل على أن العلة فيه؛ كونه مطعوما.

وعلمنا أن الحنابلة لهم روايات ثلاث:

إحداها - كالحنفية، فدليل الحنفية دليلهم فيها.

ثانيها - كالجديد عند الشافعية، فالدليل للشافعية دليلهم.

ثالثها - فى المطعومات كالقديم عند الشافعية ودليلها: نهى رسول الله ﷺ «أن يباع الطعام بالطعام؛ إلا كيلا بكيل» ووجه الدلالة فيه: أنه نص على اعتبار الكيل فى الطعام =

. . . .

= فدل على أن المحرم فيه الربا هو ما يمكن كيله من الطعام.
واستدل المالكية، بأن حديث الأصناف الستة نص على النقدين، والأصناف الأربعة. وما فى النقدين لا يتعداهما إلى غيرهما. أما الأصناف الأربعة، فهى رمز للقوت وما يصلح به. رمز للأول، بالبر والشعير والتمر. وللثانى بالملح.
أما المعقول فقالوا: إن القوت به قوام الأبدان فاقتصر عليه.
وأجاب أصحابنا عن حديثهم بثلاثة أجوبة:
أحدها - جواب البيهقى. قال: قد قيل إن قوله: «وكذلك الميزان» من كلام أبى سعيد الخدرى موقوفا عليه.
ثانيها - جواب القاضى أبى الطيب وآخرين: أن ظاهر الحديث غير مراد فإن الميزان نفسه لا ربا فيه. وأخرتم فيه الموزون ودعوى العموم فى المضمرات لا تصح.
ثالثها - أنه يحمل الموزون على الذهب والفضة جمعا بين الأدلة وأما المعقول: فأجابوا عنه، بأن صيانة الأموال بالأثمان والأبدان بالطعام فتحقق مقصود الشارع.
ونوقش استدلالهم بحديث الأصناف الستة بأنه إفراد فرد من أفراد العام بحكمه، وهو لا يخصصه. ويعنون بالعام كل مكيل، أو موزون. وهو من قبل الحنفية.
واستدلالهم بالحديث الثانى الذى رواه معمر فيه المناقشة السابقة.
وقال الحنفية: إن الطعام مختص بالبر ودفعت هذه المناقشة بأن الشواهد قائمة على عموم لفظ الطعام فى البر وغيره كما قال تعالى: ﴿ومن لم يطعمه فإنه منى﴾ والضمير عائد على الماء. وفى حديث أبى ذر فى قصة إسلامه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «فمن كان يطعمك» قلت: ما كان لى طعام، إلا ماء زمزم فسمنت حتى تكثرت عكن بطنى. فقال عليه الصلاة والسلام: «إنها مباركة إنها طعام طعم» وقال الشاعر العربى (لبيد):
لمعفر عقد ينازع شلوه غبش كواسب ما يمن طعامها
والمراد بالطعام الفريسة. وفى حديث عن عائشة أنها قالت: «مكثنا مع رسول الله ﷺ زمنا ما لنا طعام إلا الأسودان الماء والتمر» وقوله تعالى ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم﴾ والمراد حل الذبائح وتعليق الحكم بالمشتق يؤذن بعلية مبدأ الاشتقاق كالسارق فى وجوب القطع. وأجاب الحنفية عن معقولهم الأول، بأن الذهب، والفضة جاز إسلامهما فى غيرهما إجماعا؛ فكان هذا الاستثناء مجمعا عليه. وعن الثانى - أن الحب الذى زرع وصار نباتا لم يجر في الربا لكونه لا يدخله المعيار الشرعي وهو الكيل أو الوزن لا لكونه غير مطعوم.
١- ويناقش دليل المالكية، بأن الحطب يصلح به القوت، ولا يقولون بجريان الربا فيه.
٢- ويقال لهم فى المعقول إن الدواء به قوام البدن كالقوت.
وعلمنا فى الاستدلال، أن دليل الحنابلة، كدليل الحنفية وجديد الشافعية وقديمهم. فماورد من المناقشات على الحنفية وجديد الشافعية يرد عليهم. أما الرواية الموافقة لقديم الشافعية فتناقش، بأن زيادة «إلا كيلا بكيل» لم تثبت.

الترجيح

يظهر مما سبق من الأدلة والمناقشات ما يأتى :
أولاً - ما استدل به كل من المختلفين من المنقول. إما معارض أو محل بحث، وإلا فلو =

فأما أهل الظاهر فسبق دليلهم والدليل عليهم، وأما الباقون فدليلنا على جميعهم قوله ﷺ: «الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ مِثْلًا بِمِثْلٍ»، وهو صحيح سبق بيانه، ووجه الدلالة فيه ما ذكره المصنف. وأيضا هذه الآثار مع الحديث المذكور[١] فى الكتاب وعن جابر: «أَنَّ النَّبِى ﷺ اشْتَرَى عَبْدًا بِعَبْدَيْنِ أَسْوَدَيْنِ» رواه مسلم. وعن أنس: «أَنَّ النَّبِى ﷺ اشْتَرَى صَفِيَّةَ مِنْ دَحْيَةَ الْكَلْبِى بِسَبْعَةِ أَرْؤُسٍ» رواه مسلم وغيره.

واحتج لابن كيسان بأن المقصود بتحريم الربا الرفق بالناس، وهذا المعنى موجود فى الجميع، واحتج أصحابنا عليه بما ذكره المصنف من الآثار والمعنى، وبحديث العبد بالعبدين والبعير بالبعيرين وغير ذلك، وأفسدوا علته بأنها تؤدى إلى تحريم التجارات والأرباح. واحتج لابن سيرين بحديث عبادة بن الصامت أن النبى ﷺ قال: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، سَوَاءً بِسَوَاءٍ، يَدًا بِيَدٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ» رواه مسلم، وموضع الدلالة أنه شرط فى جواز التفاضل اختلاف الأصناف، وهى الأجناس.

= ثبت أحد تلك النصوص على وجه الصحة بدون معارضة؛ لتعين المصير إليه.

ثانياً - أما المعقول، فإن الشارع يشدد فى المعاملات قصدًا لرفع التغابن بين المتعاملين، ومحافظة على المال. والمال شقيق الروح؛ إذ به المصالح الحيوية، وليس المال قاصرا على المطعوم بل المال كل متمول، والتفاوت بالوصف أهدر بالنص وهو قوله ﷺ «جيدها ورديئها سواء» وبالعدد أهدر بالإجماع فتعين المصير إلى القول بالتفاوت بالجنس والمعيار. وهو رأى الحنفية، ومن يوافقهم وذلك؛ لأننا نجد ضرورة الحياة ليست قاصرة على المطعوم فحسب ولو سلمنا ذلك؛ لكان غير المطعوم مكملا للضرورى، وقد تقرر فى الأصول أن مكمل الضرورى يعطى حكمه، فكانت وجهة الحنفية وموافقيهم من حيث المعقول أتم. وأظن لو أدرك إمامنا الشافعى أو الإمام مالك وقتنا هذا لا يتردد فى القول بمنع التفاوت فى غير المطعومات. فقد أصبحنا نشاهد رأى العين ولمس اليد أن المسمار والقصدير والحديد والنحاس لا تقل فى الأهمية عن السكر والزيت.

فلم تفرق وزارة التموين الآن بين مطعوم وغيره. بل جمعت تلك الأشياء وعدتها كلها ضرورية، وأدخلتها تحت اسم التموين.

قال ابن رشد فى بداية المجتهد أثناء موازنته بين أدلة الحنفية، وغيرهم: (وكذلك إذا تؤمل الأمر من طريق المعنى ظهر والله أعلم أن علتهم أولى العلل؛ وذلك أنه يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا إنما هو لمكان الغبن الكثير الذى فيه. وأن العدل فى المعاملات إنما هو بمقاربة التساوى) والله تعالى أعلم.

(١) فى أ: المذكورات.

واحتج أصحابنا بالأحاديث والآثار السابقة فى بيع عبدين بعبد وأبعرة ببعير فدل على أن الجنس ليس بعلة.

والجواب عن حديث: «فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ» فالمراد جواز التفاضل فى هذه الأصناف إذا اختلفت، ومنعه فيها إذا اتفقت لا منعه فى غيرها.

واحتج للحسن بأن المقصود بتحريم الربا فى القدر موجود فى القيمة فيمتنع التفاضل فى القيمة، كما امتنع فى القدر واحتج الأصحاب بما سبق، ولا نسلم إلحاق القيمة بالقدر.

واحتج لابن جبير بأن المنفعة كالقدر، قال الأصحاب: هذا مردود بالمنصوص على جواز التفاضل فى الحيوان وفى الحنطة بالشعير، لقوله ﷺ: «فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ»، واحتج لربيعة بأن تحريم الربا فى هذه الأجناس إنما كان حثا على المواساة بالتماثل وأموال المواساة هى أموال الزكاة، قال أصحابنا: هذا فاسد منابذ للأحاديث والآثار السابقة فى جواز التفاضل فى الحيوان، وفاسد أيضا بالملح، فإنه ربوى بالنص، وعلى مقتضى مذهبه لا ربا فيه؛ لأنه ليس ربويا.

واحتج لمالك بأن علته أكثر شبها بالأصل، فهى أولى، واحتج أصحابنا بقوله ﷺ: «فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ»، وما قاله مالك منتقض بالرطب، فإنه ربوى بالنص، وليس مدخرا، فإن قيل: الرطب يئول إلى الادخار.

قلنا: الربا جار فى الرطب الذى لا يصير تمرا أو العنب الذى لا يصير زبيبا.

واحتج لأبى حنيفة بأن الكيل هو المعتبر فى التساوى، فكان علته، واحتج أصحابنا بما سبق، ولا يلزم من كون الكيل معيارا كونه علة، والله سبحانه أعلم.

فرع: مذهبنا جواز بيع ثوب بثوبين، وثياب من جنسه حالا ومؤجلا وبه قال أبو ثور وابن المنذر ومنعه [وأبو حنيفة والثورى وأحمد وإسحاق مؤجلًا.

فرع: قال أبو حنيفة:][1] لا ربا فى القليل من الحنطة والشعير ونحوهما، كالحفنة والحفنتين ونحوهما مما لا يكال فى العادة، قال: وكذا لا ربا فى البطيخ والباذنجان والبيض والسفرجل والرمان وسائر الفواكه التى تباع عددا بناء على قاعدته السابقة أنه لا ربا فى غير المكيل والموزون، ومذهبنا ومذهب الجمهور ثبوت الربا فى كل ذلك لعموم النصوص فى تحريم الربا.

---

(١) سقط فى ط.

فرع: يجوز بيع الحيوان بالحيوان من جنسه متفاضلا كبعير ببعيرين وشاة بشاتين حالا ومؤجلا، سواء كان يصلح للحمل والركوب والأكل والنتاج أم للأكل خاصة.

هذا مذهبنا، وبه قال جماهير العلماء، وقال مالك: لا يجوز بيع بعير ببعيرين، ولا ببعير، إذا كانا جميعا أو أحدهما لا يصلح إلا للذبح كالكسير والحطيم ونحوهما؛ لأنه لا يقصد به إلا اللحم، فهو كبيع لحم بلحم جزافا أو لحم بحيوان، دليلنا الأحاديث والآثار السابقة فى بيع بعير ببعيرين وأبعرة.

فرع: قد ذكرنا أن مذهبنا جواز بيع كل ما ليس مطعوما ولا ذهبا ولا فضة بعضه ببعض متفاضلا ومؤجلا، وبه قال جمهور العلماء، وقال أبو حنيفة: يحرم التأجيل فى بيع الجنس بعضه ببعض من أى مال كان؛ لحديث الحسن عن سمرة رضى الله عنه: «أَنَّ النَّبِى ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بالحيوان نَسِيئَةً» رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه قال الترمذى: حديث حسن صحيح.

وعن ابن عباس قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ نَسِيئَةً»، واحتج أصحابنا بالأحاديث والآثار السابقة فى بيع الإبل بالإبل مؤجلة، ولأنهما عوضان لا تجمعهما علة واحدة، فلا يحرم فيهما النساء كما لو باع ثوب قطن بثوب حرير إلى أجل، ولأنه لا ربا فيه نقدا فكذا النسيئة.

والجواب عن حديث سمرة من وجهين:

أحدهما: جواب الشافعى أنه حديث ضعيف، قال البيهقى: أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة إلا حديث العقيقة.

والثانى: أنه محمول على أن الأجل فى العوضين، فيكون بيع دين بدين وذلك فاسد كما سبق.

والجواب عن حديث ابن عباس من الوجهين، فقد اتفق الحفاظ على ضعفه، وأن الصحيح أنه مرسل عن عكرمة عن النبى ﷺ وممن قال ذلك البخارى وابن خزيمة والبيهقى وغيرهم، قال ابن خزيمة: الصحيح عند أهل العلم بالحديث أنه مرسل.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [فأما ما يحرم فيه الربا فينظر فيه][1] فإن باعه بجنسه حرم فيه التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض؛ لما روى عبادة بن الصامت

(١) فى أ: وما حرم فيه.

أن النبى ﷺ قال: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ مِثْلًا بِمِثْلٍ يَدًا بِيَدٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ، إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ» فإن باعه بغير جنسه نظرت: فإن كان مما يحرم الربا فيهما لعلة واحدة كالذهب والفضة والشعير والحنطة، جاز فيه التفاضل وحرم فيه النساء والتفرق قبل التقابض لقوله ﷺ: «فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ».

فإن تبايعا وتخايرا فى المجلس قبل التقابض بطل البيع لأن التخاير كالتفرق، ولو تفرقا قبل التقابض بطل العقد، فكذلك[١] إذا تخايرا.

الشرح: حديث عبادة[٢] رواه مسلم.

والنساء - بالمد - التأجيل قال الشافعى والأصحاب: إذا باع مالا ربويا فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يبيعه بجنسه فيحرم فيه ثلاثة أشياء، التفاضل، والنساء، والتفرق قبل التقابض.

الثانى: أن يبيعه بغير جنسه لكنهما مما يحرم فيهما الربا بعلة واحدة، كالذهب بالفضة والحنطة بالشعير والتمر بالملح والزيت بالعسل فيجوز فيهما التفاضل ويحرم النساء والتفرق قبل التقابض [الثالث: لأن يحرم الربا فيهما بعلتين كالذهب بالفضة والحنطة بالشعير ونحوه فيجوز فيه التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض][٣] ودليل الجميع فى الكتاب.

وحيث شرطنا التقابض فمعناه التقابض قبل التفرق الذى ينقطع به خيار المجلس كما سبق تفصيله.

قال الشافعى فى كتاب الصرف من الأم والأصحاب: لا بأس أن يطول مقامهما فى مجلسهما، ولا بأس أيضا بطوله[٤] متماشيين وإن طال مشيهما وتباعدا عن مجلس العقد ثم تقابضا قبل افتراقهما فيصح البيع لعدم افتراقهما.

ولو باعه دينارا فى الذمة بعشرة دراهم فى الذمة ووصف الجميع أو كان فى موضع فيه نقد غالب ولم يكن العوضان حاضرين ثم أرسلا من أحضرهما أو ذهبا

(١) فى أ: وكذا.
(٢) تقدم.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى أ: بأن يصطحبا.

مجتمعين إليهما وتقابضا قبل التفرق[١] صح البيع وسلما من الربا.

ولو وكلا أو أحدهما فى القبض وحصل القبض قبل مفارقة العاقدين جاز وإلا فلا، ومتى تفرقا قبل القبض وحصل القبض بطل العقد ويأثمان بذلك قال ابن الصباغ والأصحاب: يكون هذا ربا جاريا مجرى بيع الربوى نسيئة، ولا يكفيهما تفرقهما فى منع الإثم، وإن كان العقد يبطل كما أن العقد مع التفاضل باطل ويأثمان به.

قال أصحابنا: فإن تعذر عليهما التقابض فى المجلس وأرادا أن يتفرقا لزمهما أن يتفاسخا العقد قبل التفريق[٢]، لئلا يأثما، وإن قبض كل واحد منهما نصف المعقود عليه وتفرقا قبل قبض الباقى بطل العقد فى الذى لم يقبض، وفى بطلانه فى المقبوض الطريقان السابقان فيمن اشترى عبدين فتلف أحدهما قبل القبض.

المذهب: أنه لا يبطل، بل يصح والله سبحانه وتعالى أعلم.

قال المصنف والأصحاب: وإذا تخايرا فى المجلس قبل التقابض فهو كالتفريق[٣] فيبطل العقد لما ذكره المصنف، هذا هو المذهب، وبه قطع الجمهور، وقال ابن سريج: لا يبطل لظاهر الحديث فإنه يسمى يدا بيد.

وإلى هنا انتهى كلام الشيخ، مصنفه أبى زكريا يحيى بن شرف النووى، فأدركته المنية - رحمه الله - ونفعنا به فى الدنيا والآخرة.

والحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما، وحسبنا الله ونعم الوكيل.

* * *

(١) فى أ: القبض.
(٢) فى أ: التفرق.
(٣) فى أ: كالتفرق.

فهرس المحتويات

* * *